

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o 99.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE PRÆSCRIPTIONIBUS

DROIT FRANÇAIS

Du régime des biens entre époux au point de vue du
Droit international privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mercredi 5 Décembre 1883, à midi

PAR

RENÉ NEVEU

Avocat à la Cour d'Appel d'Angers.

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU

4, Chaussée Saint-Pierre, 4

1883

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

A MES MAÎTRES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546327_0012

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE PRÆSCRIPTIONIBUS

DROIT FRANÇAIS

Du régime des biens entre époux au point de vue du
Droit international privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mercredi 5 Décembre 1883, à midi

PAR

RENÉ NEVEU

Avocat à la Cour d'Appel d'Angers.

PRÉSIDENT : M. RENAULT, Professeur.

SUFFRAGANTS :
MM. DUVERGER, } Professeurs.
GÉRARDIN, }
LAINÉ, } Agrégés.
LARNAUDE, }

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU

4, Chaussée Saint-Pierre, 4

1883



DROIT ROMAIN

DE PRÆSCRIPTIONIBUS

INTRODUCTION

Dans la législation romaine, la procédure, intimement liée au développement du droit privé, avait une importance beaucoup plus grande que dans les législations modernes. Elle ne se bornait pas à indiquer à chacun les moyens de faire valoir ses droits, de faire passer de la théorie dans la pratique les règles tracées par le législateur, mais elle précisait ces règles elles-mêmes en les enfermant dans des limites étroites, et en subordonnant dans bien des cas le fond à la forme. Cette importance de la forme dans le droit romain, et particulièrement dans la théorie des actions, a été très bien indiquée par Keller, dans la préface de son *Traité des Actions* :

« Parmi les traits caractéristiques qui distinguent le
« droit romain, dit-il, le plus saisissant, peut-être, est
« l'union intime qu'on y découvre partout entre la pensée
« et la forme, entre l'idée et sa réalisation extérieure. Ce
« n'est pas seulement, en effet, dans les contrats et autres
« actes de la vie civile qu'apparaît cette union ; elle existe
« aussi, à un degré non moins remarquable, dans les

« formes de la procédure comparées aux règles du droit
« dont celle-ci a pour objet d'assurer l'application ¹. »

Cette remarque, qui perd presque toute sa portée après l'abolition des formules par le triomphe définitif de la procédure extraordinaire, méritait déjà d'être faite sous le système des actions de la loi, où tout le procès dépendait de certaines solennités d'actes et de paroles accomplies sous la direction du magistrat. Mais où elle a une importance capitale, c'est surtout sous le système de la procédure formulaire, qui succéda aux solennités primitives et gênantes des actions de la loi, et ne disparut que sous Dioclétien pour faire place aux formes simplifiées de la procédure extraordinaire. C'est en effet sous l'empire du système formulaire que le droit romain atteint son point culminant : c'est alors que la science du droit arrive à son complet développement ; c'est alors que le langage juridique se fixe, sous l'influence des formules, qui sont pour ainsi dire le moule où se façonnent et s'élaborent les principales théories du droit civil ; c'est alors enfin que se rencontre à Rome cette pléiade de jurisconsultes célèbres qui contribuèrent pour une si grande part à la formation du droit romain, et qui le transmirent dans leurs écrits aux générations futures.

Jamais la solidarité du fond et de la forme ne fut plus étroite que dans cette période, et de là naquirent plusieurs théories qui ont disparu dans le droit moderne avec le caractère formaliste qui les distinguait.

Parmi ces théories, à côté de celle des exceptions, la théorie des *præscriptiones*, que nous nous proposons d'étudier, apparaît comme l'une des plus originales de la procédure formulaire.

¹ Keller, *De la Procédure civile et des Actions chez les Romains* (traduction de M. Capmas). Préface de la première édition.

Avant d'aborder l'étude de cette théorie des *præscriptiones*, telle qu'elle nous est indiquée par Gaius (Inst., c. IV, § 130 à 137) et pour bien saisir son rôle, il faut rappeler sommairement l'organisation de la procédure formulaire, à laquelle elle était intimement liée.

Le caractère essentiel du système formulaire, caractère qui d'ailleurs lui est commun avec le système primitif des actions de la loi, c'est la distinction du magistrat et du juge, et pour employer des expressions consacrées, du *jus* et du *judicium*. Tout procès a deux phases et pour ainsi dire deux étapes : la première phase se passe devant le magistrat, qui organise le procès, et la deuxième devant le juge, qui le décide. Devant le magistrat, les parties sont dites *in jure* ; lorsqu'elles comparaissent devant le juge, on dit qu'elles sont *in judicio*. Mais tandis que sous l'empire du système des actions de la loi, le rôle du magistrat consistait à accomplir ou à diriger certaines solennités rigoureuses, sous le système formulaire son rôle consiste essentiellement dans la rédaction de la formule.

La formule est une instruction écrite où le magistrat institue un juge et lui trace son devoir pour l'affaire particulière qu'il est appelé à juger. Le juge, simple citoyen, n'a pas les connaissances nécessaires pour débrouiller les questions souvent fort compliquées que renferme un procès civil. Il serait sujet à de nombreuses erreurs, et la justice entre ses mains aurait chance d'être le plus souvent fort mal rendue.

Aussi a-t-on eu soin de renfermer ses pouvoirs dans de strictes limites. Nommé par le magistrat pour un procès particulier, il n'a d'attributions que celles qui lui sont conférées par ce magistrat, et il ne doit pas dépasser les bornes qui lui sont fixées. C'est la formule qui pose ces bornes, qui indique au juge, en termes impératifs, ses pouvoirs et sa mission. Rédigée avec le plus grand soin

par le préteur, qui s'entoure pour cette rédaction des jurisconsultes les plus renommés ¹, cette formule énonce la prétention du demandeur, les raisons qu'il invoque pour l'établir, l'action précise dont il entend user ; elle indique les exceptions proposées par le défendeur, que le juge doit vérifier comme la demande ; enfin elle donne à celui-ci l'ordre de condamner ou d'absoudre le défendeur, suivant les résultats de cette vérification.

Ces formules, rédigées à l'avance et proposées par le magistrat dans son édit, étaient ensuite délivrées par lui aux parties *in jure*, et il pouvait au besoin les modifier selon les exigences de chaque cause et les nuances infinies du droit.

Ainsi entendue, la formule comprenait quatre parties essentielles : la *demonstratio*, l'*intentio*, la *condemnatio* et l'*adjudicatio* ². Elles étaient essentielles non en ce sens qu'elles se rencontraient nécessairement dans chaque formule — cela n'était vrai que de l'*intentio*, — mais en ce sens seulement que dans certains cas plus ou moins nombreux, elles pouvaient être nécessaires, à raison du but et de la nature de l'action, pour organiser le *judicium*.

La *demonstratio* contient l'exposé sommaire des faits qui donnent lieu au procès ; elle a pour but de montrer en quelque sorte de quoi il s'agit, *ut demonstretur res de qua agitur* ³.

L'*intentio* est la partie de la formule où le demandeur indique sa prétention et pose ses conclusions, *qua actor desiderium suum concludit* ⁴.

La *condemnatio* est l'ordre donné au juge de condamner le défendeur si les prétentions du demandeur sont recon-

¹ Voyez Valère-Maxime, VIII, 42.

² Gaius, c. IV, § 399.

³ Gaius, c. IV, § 40.

⁴ Gaius, c. IV, § 41.

nues fondées, ou de l'absoudre dans le cas contraire : *pars formulæ qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur*¹.

Enfin l'*adjudicatio*, qui ne se rencontre que dans quelques cas particuliers, donne pour ces cas au juge, indépendamment du pouvoir de condamner ou d'absoudre, celui d'attribuer aux parties, selon qu'il sera nécessaire, la propriété des choses litigieuses².

Outre ces parties essentielles (*partes*), la formule pouvait contenir des parties accidentelles ou accessoires, que Gaius appelle *adjectiones*³, et qui permettaient au prêteur de mettre l'instruction qu'il adressait au *judex* d'accord avec les exigences de la justice : c'étaient les exceptions, les répliques, dupliques, tripliques, etc., et les *præscriptiones*.

Les exceptions sont des moyens de défense par lesquels le défendeur, sans nier que la prétention de son adversaire soit juste au fond, tend à paralyser son action en lui opposant un fait qui met obstacle à la réussite de cette action.

Les répliques, dupliques, tripliques, ne sont que des modifications de l'exception, des moyens de défense donnés soit au demandeur, soit au défendeur, pour paralyser les moyens de son adversaire : la réplique est une réponse à l'exception, la duplique une réponse à la réplique, et ainsi de suite.

Laissant de côté les exceptions, nous allons nous occuper maintenant de celles des *adjectiones* qui doivent faire l'objet de ce travail, des *præscriptiones* : cet aperçu succinct du mécanisme de la procédure formulaire ne sera pas inutile pour bien faire comprendre leur rôle et leur portée.

¹ Gaius, c. iv, § 43.

² Gaius, c. iv, § 42.

³ Gaius, c. iv, §§ 126 à 129.

GÉNÉRALITÉS

La *præscriptio*, son nom l'indique (*præ, scribere*) est une clause accessoire mise en tête de la formule, avant l'*intentio*, afin de lui faire produire des effets particuliers. Nous verrons plus tard que tantôt elle précède la *demonstratio*, tantôt elle s'y incorpore, et quelquefois même la remplace. Le mot *præscriptio* a donc ici un sens tout spécial, qui tient essentiellement à l'organisation de la procédure romaine, avec l'institution d'un juge par le magistrat et la rédaction de la formule. Nous éviterons de le traduire, car une traduction pourrait donner lieu à confusion. En effet le mot *prescription*, qui vient de là ¹, désigne dans le langage du droit moderne quelque chose de tout différent, la prescription des actions, et aussi ce que les Romains appelaient l'*usucapio* ; de sorte que si les *præscriptiones*, avec le sens particulier que nous leur avons assigné, ont disparu de nos Codes, le langage juridique en a cependant fait profit, et le mot est resté sans la chose.

De l'étymologie du mot *præscriptio* (*præ, scribere*), qui marque nettement la place de la clause en tête de la formule², je veux tirer une autre conséquence encore. Elle indique que les *præscriptiones*, au moins avec leur nom propre et leurs caractères spéciaux, appartiennent essentiellement au système formulaire, car là seulement on

¹ Nous verrons plus loin comment la *præscriptio temporis*, insérée dans la formule, a, grâce à ses effets particuliers, donné son nom à la théorie de la prescription ou extinction des actions par le temps.

² Gaius, c. iv, § 132 : *Præscriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est.*

rencontre une instruction *écrite*. Elles durent donc prendre naissance avec ce système de procédure, et elles s'éteignirent certainement avec lui.

Mais on peut se demander si dans les actions de la loi il n'y avait pas déjà quelque chose d'analogue, des *prædictiones* au lieu de *præscriptiones*. On ne saurait rien dire de bien précis à cet égard. Il est vrai que plusieurs textes du Digeste¹ emploient l'expression de *prædicere* au lieu de *præscribere*, mais, comme le remarque Keller², il n'y a rien là de concluant, et ces textes semblent bien se référer à la procédure formulaire. Ce qui est probable, c'est que sous l'empire des actions de la loi, il était parfois nécessaire de faire des réserves préalables, comme sous la procédure formulaire, mais que comme institution distincte la théorie des *præscriptiones* naquit sous cette procédure, et disparut avec elle.

D'ailleurs les *præscriptiones*, comme les formules d'action, comme les exceptions, étaient en général rédigées à l'avance par le préteur et inscrites sur son *Album*, sauf à lui à les accommoder au procès particulier pour lequel elles étaient demandées par les parties, à modifier leur rédaction ou même à leur donner une forme toute nouvelle, suivant l'exigence des cas.

Les *præscriptiones* sont de deux sortes : les unes en effet sont établies dans l'intérêt du demandeur (*præscriptiones a parte actoris*), les autres dans l'intérêt du défendeur (*præscriptiones a parte rei*). Cette distinction fondamentale formera la division toute naturelle de notre étude.

¹ L. 48, § 7, D., de *Æd. ed.* (XXI, 4). — L. 7, § 2, D., de *Her. pet.* (V, 3).

² Keller, *Traité des Actions*, trad. de M. Capmas, p. 192, note 499.

CHAPITRE PREMIER

Des *præscriptiones* établies dans l'intérêt du demandeur.

(*Præscriptiones a parte actoris*).

Le demandeur pouvait dans deux cas bien distincts avoir intérêt à faire insérer en tête de la formule une *præscriptio*.

C'était d'abord dans le cas où l'action rédigée en termes trop généraux aurait pu avoir pour lui des conséquences préjudiciables, grâce à l'effet extinctif de la *litiscontestatio*, alors qu'il ne pouvait pas ou qu'il ne voulait pas exercer son droit entier. La *præscriptio* qu'il faisait alors insérer avait pour but de limiter la *deductio in judicium* à une partie de son droit, et d'empêcher qu'on vînt lui opposer plus tard pour le reste l'exception *rei in judicium deductæ*. Dans ce cas, la *præscriptio* intervenait donc pour restreindre la portée de la *demonstratio*.

La seconde hypothèse où une *præscriptio* pouvait être utile au demandeur, était celle où, à défaut de *demonstratio*, ou bien en cas d'insuffisance de la *demonstratio*, il lui était nécessaire de préciser les faits sur lesquels il fondait sa demande, ou la qualité en laquelle il agissait. Dans ce cas la *præscriptio* était comme une espèce de *demonstratio*.

Nous allons étudier, dans deux sections distinctes, ces deux classes de *præscriptiones a parte actoris*, puis nous verrons leur disparition.

SECTION PREMIÈRE

PRÆSCRIPTIONES RESTREIGNANT LA DEMONSTRATIO.

A. — Cette classe de *præscriptiones a parte actoris*, la plus importante, a pour but, nous l'avons dit, d'empêcher l'extinction totale du droit déduit en justice, en limitant à une partie seulement de ce droit la *deductio in iudicium*.

Pour bien comprendre l'utilité de ces *præscriptiones* et le besoin auquel elles répondent, il faut rappeler la distinction des actions *certæ* et *incertæ*. Cette distinction tient à la rédaction de la formule : l'action est *certa*, lorsque l'*intentio* est elle-même *certa*, *incerta* lorsque l'*intentio* est *incerta*. Or l'*intentio* est *certa*, lorsqu'elle indique nettement l'objet et l'étendue de la demande : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem Stichum (ou decem millia) dare oportere*. Elle est *incerta* lorsqu'elle n'a pas cette précision et laisse au juge un plus grand pouvoir d'appréciation : *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*. Quant à savoir dans quels cas on emploiera une *intentio certa*, dans quels cas une *intentio incerta*, cela dépend, du moins pour les actions personnelles, de la nature même de l'obligation. L'obligation est-elle certaine, c'est-à-dire en regardant l'objet de l'obligation voit-on de suite sa nature, sa qualité, sa quantité (*quid, quale, quantum debeatur*) l'action aura une *intentio certa*; dans le cas contraire, l'*intentio* sera *incerta*. Ainsi, par exemple, ai-je stipulé de vous dix sous d'or, ou tel esclave, l'*intentio* de mon action sera *certa*; au contraire ai-je stipulé de vous une chose future, ou le paiement d'une rente viagère, l'*intentio* sera *incerta*.

L'*intentio certa* présentait pour le demandeur un avantage évident. Précisant la nature et la quotité de la chose

due, elle empêchait toute contestation sur l'objet de l'obligation. Par contre elle offrait, à raison de cette précision même, deux dangers : le demandeur pouvait ou bien demander trop (*plus petitio*), ou bien demander trop peu (*minus petitio*). Dans le premier cas, la sanction était rigoureuse : il perdait son droit. Dans le second cas il pouvait bien encore agir pour la portion non réclamée, mais il devait pour cela attendre l'expiration des fonctions du prêteur qui avait délivré la première formule.

Avec l'action *incerta*, avec la formule *quidquid paret dare facere oportere*, le demandeur n'a plus à craindre ni *plus petitio*, ni *minus petitio*, mais par contre il se heurte à d'autres inconvénients :

1° Il se peut que le droit du demandeur ne soit exigible que pour partie. S'il veut agir de suite et qu'il emploie une *actio incerta*, il obtiendra bien la partie de son droit actuellement exigible, mais il ne pourra pas ensuite agir pour le reste, la première demande, conçue en termes généraux, ayant épuisé tout son droit. (L. 76, § 1, D., de Verb. obl., XLV, 1.)

2° Le demandeur peut avoir de bonnes raisons pour ne pas demander immédiatement la totalité de la prestation qui lui est due, et pour diviser sa demande. Avec une formule *incerta*, il ne le pourra pas, du moins sans perdre le droit d'exiger plus tard ce qu'il ne réclame pas actuellement.

3° Il peut enfin ne pas connaître toute l'étendue de son droit. Agissant par une action *incerta*, il n'obtiendra que ce qu'il aura plaidé, et plus tard, lorsqu'il aura connaissance de ce qui lui est encore dû, il ne pourra l'obtenir.

Telles sont les conséquences rigoureuses de l'action *incerta*, et cela tient à ce que le droit résultant d'une obligation étant unique, il se trouve éteint en entier par la *deductio in iudicium*, bien qu'il puisse produire des con-

séquences multiples. (L. 15 et 16, D., *de Neg. gest.*, III, 5. — L. 35, 37, D., *de Mort. caus. don.*, XXXIX, 6.) Le demandeur, s'il veut agir de nouveau, pour la portion du droit qu'il n'a pas obtenu, se verra opposer victorieusement l'exception *rei in iudicium deductæ*.

Au moyen d'une *præscriptio*, le demandeur pouvait échapper aux deux premiers dangers que je viens d'indiquer.

En effet, supposons d'abord que le demandeur a un droit qui n'est exigible qu'en partie. S'il agit par une action *certa*, rien de plus simple : l'objet de la demande étant strictement déterminé dans l'*intentio*, il demandera d'abord la prestation échue, se réservant d'agir ultérieurement pour le reste. Par exemple a-t-il stipulé à la fois *hominem Stichum* et *post annum centum aureos*, il agira immédiatement pour réclamer l'esclave Stichus, par la formule : *si paret hominem Stichum dare oportere*; puis plus tard, l'échéance arrivée, il réclamera les cent sous d'or. Il n'en serait plus de même pour une action *incerta*, à cause du caractère général de la *demonstratio* et de la rédaction vague de l'*intentio* : *quidquid ob eam rem dare facere oportet* : le demandeur agissant *statim* épuisera tout son droit, même pour la partie non échue. Alors il aura recours à une *præscriptio*, dans laquelle il déclarera qu'il n'entend agir que pour ce qui est échu. Grâce à cette réserve, la formule *quidquid paret* n'embrassera que les prestations échues, non les prestations futures.

Une *præscriptio* permettra de même au demandeur d'éviter le second inconvénient. Son droit est dès à présent en entier exigible, mais il a intérêt à n'en réclamer qu'une partie. L'action *certa* donnera le moyen d'arriver à ce résultat. Par exemple Primus a-t-il stipulé de Secundus 100 et veut-il demander seulement 50 ? Il le pourra parfaitement, car l'*intentio* portera seulement :

« *Si paret Secundum Primo L dare oportere*, » et Primus pourra plus tard réclamer les autres 50, qui n'ont pas été déduits. Au contraire, dans une action *incerta*, il sera nécessaire d'employer une *præscriptio* pour restreindre la portée générale de la *demonstratio*, car ici l'*intentio* (*Quidquid paret dare facere oportere*) embrasse d'une manière générale tous les chefs de demande pouvant dériver de la cause juridique indiquée dans la *demonstratio*.

Quant au troisième inconvénient de l'action *incerta* que nous avons indiqué, la *præscriptio* est évidemment impuissante à y porter remède; car le demandeur, ne connaissant pas toute l'étendue de son droit, n'en plaidera qu'une partie, sans songer à se réserver des droits qu'il ignore. Lors donc que plus tard il s'apercevra qu'il lui est encore dû quelque chose, et qu'il voudra agir de ce chef, il se verra repousser par l'exception *rei in iudicium deductæ*. Nous trouvons un exemple de cette situation dans un texte du Digeste (L. 20, de *Exc. rei jud.*, XLIV, 2) : un testateur a légué à quelqu'un *totum argentum*, tous les objets en argent qui se trouvent dans la succession. Le légataire croit que ce legs ne comprend que des tables d'argent, et agissant par une formule *incerta* (*Quidquid paret*), il n'établit son droit que dans cette mesure. C'est à l'estimation des tables d'argent que se bornera la condamnation, et si plus tard le légataire s'aperçoit que son legs était plus étendu, dans la rigueur du droit il ne pourra pas agir pour le surplus, car l'héritier lui opposera l'exception *rei in iudicium deductæ*. Il est probable que dans ce cas le prêteur viendra au secours du demandeur, et lui accordera une *replicatio doli mali* ou *in factum*, par laquelle il triomphera de l'exception. Le texte de Pomponius que nous avons cité semble aller beaucoup plus loin, et dire que l'exception *rei in iudicium deductæ* ne sera pas admise (*nec obstaturam ei exceptio-*

nem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset), mais ce texte a dû être remanié par Justinien, car sans cela il contredirait un principe certain du droit classique : à savoir qu'un *iudicium* comprend non seulement les questions soumises au juge, mais le droit tout entier, sauf ce qui a été expressément exclu. (L. 61, D., *de Jud.*, V, 1.)

B. — Voyons maintenant les exemples que nous fournissent les textes de *præscriptiones* ayant pour but de restreindre la *demonstratio* : nous verrons en même temps leur rédaction et leur place dans la formule.

Gaius (C. IV, § 131) nous donne deux exemples de ces *præscriptiones*.

1° Le premier est relatif au cas où une partie seulement du droit est exigible. J'ai stipulé de quelqu'un des prestations périodiques, par exemple dix sous d'or par an, et cela jusqu'à un terme incertain, par exemple jusqu'à ma mort ¹. L'obligation est *incerta* et correspond à peu près à ce que nous appellerions aujourd'hui une rente viagère. Au bout d'un an, ou de deux ans, j'introduis une demande en justice. J'obtiendrai l'annuité ou les deux annuités échues, mais pour ne pas perdre mon droit aux annuités futures, il est nécessaire, nous dit Gaius, d'inscrire en tête de la formule une *præscriptio* ainsi conçue : « *Ea res agatur, cujus rei dies fuit.* » De cette façon j'obtiens ce qui m'est dû, et je me réserve d'agir plus tard pour le reste. Autrement, si j'agis sans cette *præscriptio*, je perdrai tout droit aux arrérages à venir. En effet, par la formule *incerta* que je dois nécessairement employer dans

¹ Gaius ne mentionne pas cette condition, mais elle est essentielle. Si j'ai stipulé tant par année pour une période déterminée, par exemple pour trois ans, la situation est différente. En pareil cas, en effet, les Romains considèrent qu'il y a autant d'obligations distinctes que d'échéances, et par conséquent chacune d'elles sera *certa*. (M. Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, n° 531, *in fine*.)

notre hypothèse (*Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*), je n'obtiendrai, il est vrai, que ce qui est échu au moment de la *litiscontestatio*, mais mon droit tout entier se trouvera déduit en justice, y compris les annuités futures, et si plus tard je veux agir de nouveau pour les obtenir, je me verrai repoussé par l'exception *rei in iudicium deductæ*.

Nous nous sommes placés dans le cas d'une stipulation de rente viagère. C'est en effet ce qu'il faut supposer pour être en présence d'une obligation incertaine, et par suite d'une action *incerta*. Il en serait tout autrement s'il s'agissait d'un legs de rente viagère. Les Romains traitaient d'une manière absolument différente la stipulation de dix sous d'or devant être payés chaque année jusqu'à un terme indéterminé (par exemple jusqu'à la mort du créancier), et le legs de dix sous d'or fait dans les mêmes conditions. C'est ce que montre un texte de Pomponius, la loi 16, § 1, D., *de Verb. obl.*, l. XLV, t. I, complété pour ce qui concerne le legs, par un fragment de Paul. (L. 4, D., *de Ann. leg.*, XXXIII, 1.) D'après ces lois, la stipulation *in singulos annos* est unique (*una*), tandis que le legs fait *in singulos annos* est multiple. Voici ce que cela veut dire : quand on a stipulé dix sous d'or par an, les diverses annuités ne forment qu'un tout ; les paiements s'échelonnent, mais il n'y a qu'une seule et même obligation, née de la stipulation unique. Et Pomponius tire de là deux conséquences : la stipulation étant *una* est en même temps *incerta et perpetua*. Elle est *incerta*, car elle n'indique pas la somme totale que le débiteur devra payer, et cette somme, il est impossible de la déterminer pour le moment. C'est donc par une *condictio incerti* que le stipulant agira, et il ne peut agir qu'une seule fois, sa première demande ayant épuisé tout son droit. C'est alors qu'une *prescriptio* lui devient utile, afin de lui permettre de réclamer immé-

diatement ce qui est échu, sans perdre pour cela son droit à ce qui est à échoir. La stipulation, en outre, est *perpetua*, c'est-à-dire qu'en principe elle produit son effet, même après la mort du stipulant et dans la personne de ses héritiers. En effet, la créance que crée cette stipulation ne peut s'éteindre que par un des modes reconnus pour l'extinction des obligations : or on ne comprenait pas qu'une obligation, qui est une relation juridique entre deux personnes, pût être modifiée ni éteinte par un laps de temps. Et le pur droit civil poussait cette idée si loin, qu'il n'admettait pas même que la volonté des parties pût rien changer à la perpétuité de l'obligation : autrement dit, il n'admettait pas le terme extinctif. (L. 44, § 1, D., *de Obl. et act.*, XLIV, 7.) L'obligation née de la stipulation, même avec l'apposition d'un terme, est donc perpétuelle. Mais comment rattacher ce point de vue à l'unité de la stipulation d'une rente viagère ? C'est que la créance étant unique, les différentes annuités n'en sont que les produits périodiques, et n'empêchent pas la créance de subsister tout entière : cette créance, comme toute créance en général, se perpétue et survit à la mort du créancier, et survivant, elle continuera de produire. Telle était la rigueur du droit, mais comme c'était inique, on avait réagi de bonne heure contre cette conséquence extrême, et le prêteur, venant au secours du débiteur, lui avait accordé contre l'héritier du créancier une exception *pacti conventi* (Inst., l. III, t. XV, § 3) : la stipulation était considérée comme unique et perpétuelle, mais comme accompagnée d'un pacte *de non petendo*, devant produire effet à la mort du créancier. Voilà quels étaient les principes admis pour une stipulation *in singulos annos*.

Si au contraire nous supposons qu'un testateur a légué à quelqu'un dix sous d'or par an, le legs était regardé comme multiple, avons-nous dit : il y a là, nous dit Paul,

reproduisant et approuvant l'opinion de Sabinus, *plura legata*. Il y aura autant de legs de dix sous d'or que le légataire doit vivre d'années. Le premier de ces legs est pur et simple (*purum*), les autres sont conditionnels, subordonnés à la survie du légataire. D'où deux conséquences, inverses de celles indiquées pour la stipulation :

1° Chaque legs est certain ; la condition accomplie, il devient définitif, et on voit immédiatement *quid, quale, quantum debetur* (dix sous d'or dans notre exemple). L'action à employer par le légataire sera donc la *condictio certi*, qui ne compromettra pas son droit éventuel aux annuités futures, et la *præscriptio* ne pourra trouver ici d'application.

2° Le legs finit par la mort du légataire, car pour les legs conditionnels le *dies cedens* se place au moment où se réalise la condition, ici la survie du légataire, et si le légataire meurt *pendente conditione*, il ne peut transmettre son droit à ses héritiers¹.

Ainsi la différence est grande entre la stipulation et le legs *in singulos dies* : la stipulation est *una, et incerta, et perpetua* ; le legs au contraire est multiple, certain, et le droit qu'il engendre cesse à la mort du légataire. Que si maintenant l'on recherche la raison de cette différence, on la trouvera dans cette idée que pour la stipulation les Romains ont cru impossible de faire produire à une formule unique plusieurs créances de nature diverse ; cet excès de formalisme n'était pas de mise dans la matière des legs, où l'on se préoccupe avant tout de l'intention du testateur.

Quelle était la place dans la formule de cette *præscriptio* « *Ea res agatur cujus rei dies fuit* » ? A regarder le texte de Gaius (§ 131), on pourrait croire que cette clause se déta-

¹ V. M. Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I^{er}, nos 381 et 382.

chait nettement de la formule, et était mise en tête de cette formule, avant la *demonstratio*. Il est plus probable qu'elle servait à lier l'*intentio* à la *demonstratio*, et qu'elle était placée par conséquent immédiatement après la *demonstratio* et avant l'*intentio*¹. C'est ce que semble indiquer le § 136 de Gaius, qui établit ainsi la formule : « *Judex esto. Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*, etc. » Si donc la *præscriptio* était placée en tête de la formule, elle devait au moins être répétée après la *demonstratio*. Souvent aussi la clause est fractionnée, les mots « *ea res agatur* » sont placés en tête de la formule, et les autres mots « *cujus rei dies fuit* » figurent après la *demonstratio*. C'est ce qu'on voit pour d'autres *præscriptiones* au § 137 de Gaius².

Nous avons vu avec le § 131 de Gaius un cas d'application, peut être le plus pratique, de la *præscriptio* « *Ea res agatur cujus rei dies fuit*, » le cas où l'on a stipulé une certaine somme d'argent payable chaque année ou chaque mois. Ne peut-on pas trouver d'autres applications de cette *præscriptio*? Dans un passage de Cicéron (*de Orat.*, I, 37) nous lisons qu'elle était ancienne et très usitée (*vetus atque usitata*)³. Il est facile d'en citer d'autres exemples.

¹ Zimmern, *Traité des Actions*, trad. de M. Étienne, p. 157.

² Ces règles données à propos de la *præscriptio* « *Ea res agatur cujus rei dies fuit* », sur la rédaction de notre clause et sa place dans la formule, sont applicables aux autres *præscriptiones pro actore*. Nous ne les répéterons pas.

³ Voici à quel propos Cicéron, dans ce passage, est amené à parler de notre *præscriptio*. Se moquant des avocats beaux parleurs qui ignorent les principes du droit, il cite comme exemple le trait suivant : Un homme à la parole facile (*homo ex numero disertorum*), plaçant un jour pour un *défendeur*, s'imagina de demander pour son client la *præscriptio cujus pecuniæ res fuisset*, ne s'apercevant pas que

Supposons que quelqu'un a prêté un capital en argent et a stipulé expressément des intérêts. Il a droit non seulement de réclamer le remboursement du capital, mais encore de toucher jusqu'à ce remboursement des intérêts annuels. Les Romains voient là deux obligations distinctes. La première est *certa*, car elle a pour objet une somme fixe; la seconde est *incerta*, parce qu'on ne voit pas *quantum debeatur*. Ce cas est prévu par la loi 75, § 9, D., *de Verb. obl.*, l. XLV, t. I. Lorsque le prêteur voudra, au bout de la première année, réclamer les intérêts échus, il devra nécessairement agir par une formule *incerta* (*quidquid paret*) et il se heurtera au danger signalé par Gaius dans la première hypothèse. S'il ne fait pas une réserve formelle, son droit se trouvera déduit tout entier par sa première action, et il ne pourra pas réclamer aux termes suivants les autres annuités. Il évitera ce danger en insérant dans la formule la *præscriptio* : « *Ea res agatur cujus rei dies fuit.* »

Une autre application de cette même *præscriptio* peut se rencontrer dans le cas d'un bail fait pour plusieurs années à raison de tant par an. Toutes les obligations résultant d'un bail sont considérées comme formant un tout, une seule obligation *incerta*. C'est ce qui résulte d'un texte de Paul, la loi 58, pr., D., *de Fid. et mand.*, l. XLVI, t. I. Dans cette loi, Paul suppose qu'un fidéjusseur est intervenu pour garantir les obligations résultant d'un bail, et il nous enseigne que, bien que le fidéjusseur soit tenu de tous les loyers, son obligation est unique (*una stipulatio est plurium pensionum*). Or, en

cette *præscriptio* avait été introduite uniquement dans l'intérêt du demandeur; grâce à cette maladresse, le défendeur perdait pour l'avenir le bénéfice de l'exception *rei in iudicium deductæ*. — Dans plusieurs autres passages, Cicéron fait allusion aux *præscriptiones pro actore*. (V. not. de Fin., V, 29; — *ad Fam.*, XIII, 27.)

droit romain il y a identité complète entre l'obligation du fidéjusseur et l'obligation principale. Nous sommes donc encore ici en présence d'une obligation unique et *incerta*. Mais le bailleur peut avoir besoin de toucher ses fermages au fur et à mesure des échéances : là sont peut-être en grande partie ses moyens d'existence. Qu'il prenne bien garde : s'il agit avant l'expiration du bail par une *formula incerta*, il n'obtiendra que les loyers échus, mais il épuiera tout son droit. S'il réclame plus tard les loyers non payés, il sera repoussé par l'exception *rei in iudicium deductæ*. Pour éviter ce résultat, il devra limiter les effets de la *deductio in iudicium* au moyen de la *præscriptio* : « *ea res agatur cujus rei dies fuit.* »

2^o Passons maintenant au second exemple que nous donne Gaius d'une *præscriptio* ayant pour but de restreindre la *demonstratio*. Ici, nous allons le voir, la *præscriptio* tend à éviter non, comme tout à l'heure, le premier inconvénient signalé de l'action *incerta*, mais le second. Le droit du créancier est dès à présent exigible, mais il ne veut le faire valoir que pour partie.

Analysons le texte de Gaius. J'ai acheté un fonds, et je veux agir immédiatement par l'action *ex empto* pour obtenir la mancipation de ce fonds¹, tout en me réservant d'intenter plus tard la même action pour un autre objet, par exemple pour obtenir la tradition (*de vacua possessione tradenda*). Je devrai inscrire, en tête de la formule, une *præscriptio* ainsi conçue : « *Ea res agatur de fundo mancipando* ². »

¹ Pour expliquer que l'acheteur demande la mancipation du fonds, bien qu'en principe le vendeur ne soit pas tenu de transférer la propriété, il n'y a pas besoin de supposer avec certains auteurs un pacte adjoint *in continenti*. Il suffit de remarquer que dans la plupart des cas le vendeur est obligé de *dare* en vertu de son obligation de ne pas commettre de dol.

² Une telle *præscriptio* serait aussi nécessaire à l'acheteur, si, par suite d'un terme accordé au vendeur, il lui était interdit de demander

Si je ne faisais pas cette réserve, la formule *incerta*, par ses termes généraux : *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*, épuiserait mon droit tout entier, et je ne pourrais pas agir plus tard *ex empto* pour obtenir la tradition¹. »

3° On pourrait faire l'hypothèse inverse, supposer que l'acheteur agit d'abord *ex empto* pour obtenir la tradition du fonds, en se réservant de demander plus tard, par la même action *ex empto*, la mancipation. Il aurait recours pour cela à la *præscriptio* : « *Ea res agatur de vacua fundi possessione tradenda*². »

En dehors des Institutes de Gaius, ne peut-on pas trouver d'autres hypothèses où une *præscriptio* serait utile au demandeur qui ne veut pas déduire tout son droit en justice ? — On peut en indiquer plusieurs.

4° La loi 48, § 7, D., de *Æd. ed.*, l. XXI, t. I, nous offre un premier exemple. Elle suppose que l'acheteur d'un esclave ou d'un animal intente l'action *redhibitoria* pour un vice particulier. Craignant de ne pas réussir, il veut pouvoir en cas d'échec agir de nouveau si plus tard il vient à découvrir un autre vice : il se réservera cette faculté au moyen d'une *præscriptio* : *permittendum est de uno vitio agere et prædicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur*. Pour qu'on parle d'ailleurs de recommencer l'action *redhibitoria*, cela suppose évidemment qu'elle a échoué la première fois, car si

actuellement la tradition. Ce serait alors, comme dans le premier exemple de Gaius, le premier inconvénient de l'*actio incerta* que la *præscriptio* aurait pour but d'éviter.

¹ Si l'acheteur, non content de l'action *ex empto* que lui donne la vente, avait stipulé expressément, soit toutes les obligations de la vente, soit quelques-unes, il pourrait encore, malgré la restitution généralement proposée dans le texte de Gaius, agir *ex stipulatu*, car les deux actions sont distinctes, et le droit compris dans l'action *ex stipulatu* ne peut pas être déduit par l'action *ex empto*.

² Keller, *Traité des Actions*, trad. de M. Capmas, p. 183.

elle réussit, son effet est absolu : elle fait tomber la vente, et dès lors il n'y a plus lieu de rechercher si l'objet vendu est affecté d'un autre vice¹.

5° Keller cite encore le cas où dans une action de bonne foi le demandeur voudrait agir non pour obtenir la prestation promise, mais pour se faire donner une caution (L. 41, D., *de Jud.*, V, 1), et il imagine une *præscriptio* ainsi conçue : *Ea res agatur de cautione præstanda*².

6° Citons enfin l'espèce suivante. Un propriétaire qui a loué sa maison ou son fonds veut agir immédiatement, non pour obtenir les loyers, mais pour forcer le locataire à habiter la maison ou à cultiver le fonds, ou bien encore à faire certains travaux qu'il s'est engagé à faire (L. 24, §§ 2 et 3, D., *Loc.*, XIX, 2). Il devra employer une *præscriptio*, sans quoi il déduirait tout son droit dans cette première instance.

C. — Peut-on donner une formule générale comprenant tous les cas où de telles *præscriptiones* peuvent être employées par le demandeur à l'effet d'empêcher l'extinction totale de son droit par la *deductio in judicium* et la *litis contestatio* ?

D'après les exemples que nous venons de citer, on peut voir que ces *præscriptiones* devaient être surtout fréquentes dans les actions de bonne foi ; là en effet se rencontrent la plupart du temps une assez grande quantité d'obligations dérivant du même contrat et pouvant être accomplies successivement. Nous avons vu cela se produire pour la vente et pour le louage ; on peut facilement concevoir que cette situation devait se présenter souvent aussi pour le contrat de société et pour le contrat de man-

¹ L'action *quantum minoris*, au contraire, peut être intentée plusieurs fois de suite du chef de la même vente, lorsque différents vices se manifestent successivement. (L. 31, § 16, D., *de Æd. ed.*, XXI, 1.)

² Keller, *Traité des Actions*, trad. de M. Capmas, p. 184.

dat, et nous avons cité tout à l'heure une *præscriptio* qui pouvait se rencontrer dans toutes les actions de bonne foi (*ea res agatur de cautione præstanda*).

Mais si c'était dans les actions *bonæ fidei* que l'emploi de cette sorte de *præscriptiones* semble le plus pratique, il n'en faut pas conclure qu'elles n'étaient pas employées dans les actions *stricti juris*. Nous les avons vues insérées dans l'action *ex stipulatu*, lorsque cette action avait une formule *incerta* : tel était presque toujours le cas de la *præscriptio* « *ea res agatur cujus rei dies fuit*, » qui était, nous l'avons constaté avec Cicéron, *vetus atque usitata*.

Partant de là, Bethmann-Hollweg essaie une généralisation et pose en principe que toutes les fois qu'un fait ou une abstention est stipulée, et qu'une contravention se produit, le créancier agissant en dommages-intérêts doit avoir recours à une *præscriptio*, afin de se réserver l'action de dommage contre une nouvelle infraction qui viendrait à se produire ¹.

D'une manière générale on peut dire qu'une *præscriptio* sera accordée au demandeur, dans le but de restreindre l'effet extinctif de la *litis contestatio*, toutes les fois que l'emploi pur et simple d'une action *incerta* pourrait lui nuire, en embrassant dans sa généralité des droits qu'actuellement il ne peut pas ou ne veut pas faire valoir, et en l'empêchant ainsi de les faire valoir par la suite.

APPENDICE. — Reste une question à examiner. Jusqu'ici nous nous sommes toujours placés dans l'hypothèse d'une action personnelle. On peut se demander si de semblables *præscriptiones* pourraient se rencontrer dans les actions réelles.

A première vue il semble qu'on devrait répondre nég-

¹ Bethmann-Hollweg, *Der romische Civil prozess*, t. II, p. 504.

tivement. L'action réelle est essentiellement *certa*, et cela tient à la nature même du droit de propriété, dont le propre est d'être précis et exclusif. Il semble donc qu'on ne peut craindre ici l'effet trop absolu de la *deductio in iudicium* : lorsqu'un propriétaire revendique sa chose, il la désigne nominativement ; s'il n'en réclame qu'une partie, il a soin de le dire. Cependant il n'est pas impossible d'indiquer même en matière réelle une application probable, mais non absolument certaine, de nos *præscriptiones* tendant à circonscrire l'effet extinctif de la *deductio in iudicium* et de la *litis contestatio*.

Il y a entre les actions personnelles et les actions réelles une grande différence. Je puis être *créancier* du même débiteur et relativement à la même chose plusieurs fois, c'est-à-dire en vertu de plusieurs causes diverses (L. 10, D., *de Act. empt. et vend.*, XIX, 1), par exemple en vertu d'une stipulation et en vertu d'un legs *per damnationem*, de sorte que si j'agis contre mon débiteur en invoquant la stipulation, et si j'échoue, je pourrai de nouveau agir en invoquant cette fois le testament, et cela sans craindre l'exception de chose jugée. — Au contraire si je me prétends *propriétaire*, comme je ne puis l'être qu'une fois et en vertu d'une seule cause (L. 3, § 4, D., *de Adq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. — L. 159, D., *de Reg. jur.*, L, 17), la formule portera simplement : *Si paret rem Auli Agerii esse*, et ce sera à moi à faire valoir devant le juge tous les modes d'acquisition que je puis invoquer. La question une fois jugée, ne pourra être reprise, car je me heurterais à l'exception *rei judicatæ*. Si donc je me suis prétendu propriétaire en invoquant par exemple la tradition, et si j'ai échoué, je ne pourrai pas réclamer de nouveau la propriété de la même chose en vertu d'une autre cause, par exemple en vertu de l'usucapion, ou en vertu d'un legs *per vindicationem*, car le juge

a dû, lors de la première instance, examiner tous mes titres ¹.

Tous ces principes sont posés dans un texte de Paul. (Loi 14, § 2, D., *de Exc. rei jud.*, XLIV, 2.) Mais ce texte admet, selon nous, une exception à la règle générale en ce qui concerne les actions *in rem*. Elle n'est vraie qu'autant que le demandeur, dans la formule de sa première action, n'a pas indiqué expressément la cause en vertu de laquelle il se dit propriétaire : *non expressa causa, ex qua rem meam esse dico* ². Ainsi je pourrais très bien revendiquer une chose, et mentionner dans ma formule d'action que je m'en prétends propriétaire en vertu de la tradition. En agissant ainsi, je me réserverais, en cas d'échec, la possibilité d'invoquer une autre cause d'acquisition, par exemple l'usucapion, ou un legs *per vindicationem* fait en ma faveur. Je puis avoir à cela le plus grand intérêt : par exemple je veux éviter les lenteurs et les frais qu'occasionnerait la preuve de l'usucapion, ou bien j'ignore la mort du testateur, et par conséquent le legs *per vindicationem* qui m'est fait.

Ainsi *en principe* si un demandeur intente une action réelle et échoue, quelles que soient d'ailleurs les causes d'acquisition qu'il ait invoquées, il ne pourra recommencer le procès en invoquant une autre cause d'acquisition ; *par exception* il le pourra si dans la première action il a déclaré expressément se fonder sur telle cause déterminée.

¹ Il en sera toutefois autrement si la seconde cause d'acquisition que j'invoque est postérieure au premier jugement, car, si elle n'existait pas lors de ce jugement, elle n'a pas pu évidemment être déduite *in iudicium*, et dans ce cas, je pourrai revendiquer de nouveau, en me fondant sur cette cause nouvelle.

² Plusieurs auteurs traduisent autrement ce texte : *Attendu que je n'exprime pas la cause du droit de propriété que j'allègue*. (M. Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, p. 845, note 1.) On n'en peut plus alors tirer un argument en faveur de notre thèse.

Cette doctrine, enseignée notamment par Savigny¹ et Keller², et d'ailleurs vivement combattue par certains auteurs³, peut s'appuyer, sans parler de la loi 14, § 2, de *Exc. rei jud.*, que nous avons citée plus haut, sur un passage d'Ulpien (L. 11, § 2, D., de *Exc. rei jud.*, XLIV, 2) : *Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit : si postea alia ex causa petat, causa adjecta, non debet summoverti exceptione.*

En supposant cette doctrine admise, comment le demandeur exprimera-t-il dans sa formule d'action qu'il entend se fonder sur telle cause déterminée ? — D'après quelques interprètes⁴, ce sera en modifiant l'*intentio*, et en y ajoutant la cause d'acquisition qu'il entend faire valoir, par exemple : *Si paret fundum Cornelianum Aulii Agerrii esse ex causa mancipationis*. Cela n'est pas invraisemblable, mais il est bien plus naturel de supposer que cette restriction était faite à l'aide du moyen ordinaire donné au demandeur pour introduire dans une formule d'action ses restrictions et réserves, à l'aide d'une *præscriptio*. Cette conjecture peut s'autoriser d'un passage de Cicéron (*de Fin. bon. et mal.*, l. V, c. xxix) : *Quæ cum Zeno didicisset a nostris, ut in actionibus præscribi solet, de eadem re egit alio modo*. Cicéron, parlant du philosophe Zénon, dit qu'il reproduisit les idées de Socrate, qu'il traita le même sujet, mais *alio modo*, et il le compare en cela au propriétaire agissant pour réclamer une chose qu'il a déjà revendiquée, mais en se fondant sur d'autres moyens (*de eadem re alio modo*). Or le mot *præscribi*, employé par Cicéron, montre que le demandeur se

¹ Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Guenoux, t. VI, Appendice XVII.

² Keller, *Traité des Actions*, trad. de M. Capmas, p. 336.

³ Puchta, *Institutionen*, t. II, § 175. — Zimmern, *Traité des Actions*, trad. Étienne, p. 446.

⁴ Keller, p. 184, note 473.

servait pour cela d'une *præscriptio*. Dans un autre passage, Cicéron revient encore sur la même idée. (*Ad Fam.*, XIII, 27¹.)

On objecte que les *præscriptiones* ne s'accordaient que dans des cas rares, pour satisfaire à un besoin urgent et impérieux, et que ce n'est pas le cas ici. D'abord nous ne savons pas avec quel degré de facilité s'accordaient les *præscriptiones*, et Gaius nous cite une hypothèse où la nécessité de *præscribere* ne semble pas si absolue (*ea res agatur de fundo mancipando*). D'ailleurs nous avons donné plus haut des exemples où le propriétaire revendiquant a le plus grand intérêt à agir *expressa causa*.

On dit encore qu'on ne trouve nulle part les *præscriptiones pro actore* employées dans les actions *in rem*. Il est vrai que Gaius (C. IV, § 131) ne les mentionne que dans les actions personnelles. Mais comme il ne cite que deux applications, on peut bien penser qu'il n'a pas voulu embrasser tous les cas, mais seulement donner des exemples des *præscriptiones* les plus usitées.

Il est facile de se figurer quelle devait être la rédaction de ces *præscriptiones* employées dans les actions réelles pour déterminer d'une façon exclusive la cause en vertu de laquelle on agit. Quelqu'un veut-il par exemple revendiquer un fonds qu'il prétend lui avoir été mancipé et se réserver d'invoquer plus tard, en cas d'échec, l'usucapion accomplie pour ce même fonds, dans la première action il inscrira une *præscriptio* ainsi conçue : *ea res agatur de fundo mancipato*. Puis, si son action est rejetée, il inten-

¹ Dans cette lettre, adressée au jurisconsulte Servius, Cicéron, se servant de la même comparaison, dit qu'il reviendra souvent sur les mêmes sujets, mais en les traitant d'une autre manière (*alio modo*), comme on a l'habitude de faire dans les formules (*Non parcam operæ, et ut vos soletis in formulis, sic ego in epistolis de eadem re alio modo.*)

tera une nouvelle action avec la *præscriptio* suivante : *ea res agatur de fundo usucapto*. Cette seconde restriction pouvait s'exprimer en termes plus généraux, applicables à tous les cas : *ea res agatur de eadem re alio modo*. C'est à cette dernière forme de *præscriptio* que font allusion les deux textes de Cicéron cités plus haut.

Ainsi nous pouvons dire que selon toute probabilité les *præscriptiones a parte actoris* ayant pour objet de restreindre la portée de la *deductio in iudicium* étaient employées dans les actions réelles, mais dans un cas tout particulier, et en dehors de la formule générale que nous avons indiquée, puisque les actions réelles étaient toujours *certæ*, et n'avaient jamais de *demonstratio*.

SECTION II

PRÆSCRIPTIONES REMPLAÇANT OU COMPLÉTANT LA DEMONSTRATIO

A. — Nous arrivons à une seconde classe, moins importante, de *præscriptiones a parte actoris*, dont le but et les effets sont différents de ceux des *præscriptiones* que nous avons étudiées dans la première section.

Il s'agit ici pour le demandeur, non de poser une restriction à sa demande, mais d'expliquer, de préciser sa prétention, qui sans cela pourrait manquer de clarté et par suite ne pas être reconnue fondée. Le but principal de ces *præscriptiones* était donc, soit en l'absence de *demonstratio* (actions *certæ*), soit en cas d'insuffisance ou d'ambiguïté de la *demonstratio* (actions *incertæ*), de préciser la position des parties dans l'instance, d'indiquer ou bien en quelle qualité le demandeur agit, ou bien en quelle qualité le défendeur est poursuivi. A cet effet une *præscriptio*

était insérée dans la formule, toujours avant l'*intentio*, soit à la place de la *demonstratio* absente, soit combinée et en quelque sorte mêlée avec la *demonstratio*.

Des exemples feront mieux ressortir cette fonction nouvelle des *præscriptiones pro actore*.

B. — Gaius nous donne deux exemples de ces *præscriptiones*. (C. IV, §§ 134, 135 et 137.)

1° Supposons d'abord qu'une personne *alieni juris*, par exemple un esclave, a stipulé ou figuré dans un contrat quelconque où il a par son fait donné naissance à une créance. Ce contrat profitera au maître de l'esclave : c'est lui qui sera créancier. Voyons ce qui va se passer lorsque ce maître voudra réclamer l'exécution de l'obligation, et comment il rédigera sa formule. C'est lui qui est créancier, c'est donc son nom, et non celui de l'esclave, qui figurera dans l'*intentio*. Cependant c'est le fait de l'esclave qui a donné lieu à la créance, c'est lui qui est intervenu au contrat, c'est sa volonté qui déterminera le sens et la portée de ce contrat. (L. 12, D., de *Contr. empt.*, XVIII, 1.) Comment donc le juge, qui doit examiner le fait de l'esclave, saura-t-il que la créance est née en sa personne ?

Il faut ici encore distinguer entre les actions *certainæ* et les actions *incertainæ*. S'il s'agit d'une action *incerta*, pas de difficulté : la formule contiendra une *demonstratio*, dans laquelle le nom du véritable contractant sera indiqué. Elle portera par exemple ces mots : *Quod Stichus, Auli Agerii servus, de Numerio Negidio centum stipulatus est*. Mais si l'action est *certa*, la formule n'aura pas de *demonstratio*. D'après l'*intentio*, on pourrait croire que c'est le maître lui-même qui a contracté. Ici apparaît la nécessité d'une *præscriptio*, qui rétablira la vérité des choses et indiquera que c'est l'esclave qui a figuré au contrat. (Gaius, C. IV, § 134 : « *Intentione formulæ deter-*

minatur is cui dare oportet; et sane domino dare oportet quod servus stipulatur : at in præscriptione de facto quæritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet¹. »

Cette *præscriptio* pouvait être conçue à peu près en ces termes : *Ea res agatur, quod Stichus, Auli Agerii servus, de Numerio Negidio centum* (ou bien *fundum Cornelianum*) *dari stipulatus est, — si paret, etc.*

Dans notre exemple, la *præscriptio* avait pour but d'indiquer la qualité en laquelle agit le demandeur : c'est comme maître de l'esclave Stichus qu'il se prétend créancier.

Une telle *præscriptio*, en indiquant que c'est par le fait de son esclave que le demandeur est devenu créancier, n'avait pas seulement l'avantage d'indiquer au juge le fait générateur de l'obligation, afin qu'il pût en apprécier la portée et les effets. Elle pouvait présenter une autre utilité. Le créancier peut avoir plusieurs créances contre le même débiteur, et dans ce cas il importe de savoir quelle est celle qui a été déduite en justice. En l'absence de *demonstratio*, la *præscriptio* l'indique.

Au § 135, Gaius généralise la règle qu'il vient de poser. Ce qui est vrai de l'esclave, est vrai de toute personne *alieni juris*. Une *præscriptio* sera donc utile de même lorsque dans une action *certa* un père de famille sera créancier par le fait de son *filiusfamilias*, un mari par le fait de sa femme *in manu*, un maître par le fait de l'homme libre qu'il a *in mancipio*.

¹ Certains interprètes de Gaius, lisant dans le texte *pacto* au lieu de *facto*, expliquent ainsi la situation prévue. Aulus Agerius a stipulé cent de Numerius Negidius, puis il a fait par son esclave, ou avec l'esclave de son débiteur, un pacte qui modifie le contrat, qui, par exemple, accorde différents termes. Lorsqu'il agira, il indiquera les dispositions de ce pacte au moyen d'une *præscriptio*. (V. Zimmermann, *Traité des Actions*, trad. de M. Étienne, p. 158, note 10.)

2° Dans le second exemple que nous donne Gaius (C. IV, § 137), c'est la qualité en laquelle le défendeur est poursuivi qui fait l'objet d'une *præscriptio*. Il suppose qu'un débiteur accessoire, un *sponsor* ou un fidéjusseur est poursuivi par une action *incerta*. La *demonstratio* contient le nom du débiteur principal et l'indication du contrat qu'il a fait, car c'est en vertu de ce contrat que la poursuite a lieu : l'obligation accessoire n'a pas d'autre cause que l'obligation principale. L'*intentio* au contraire mentionne le nom de l'*adpromissor*, qui seul est défendeur. Il y a donc contradiction apparente entre les deux parties de la formule. C'est à l'aide d'une *præscriptio* qu'on fait disparaître cette contradiction en indiquant le rapport accessoire, le cautionnement qui est intervenu : c'est comme *sponsor* ou comme fidéjusseur du débiteur principal que le défendeur est poursuivi. D'après Gaius, la *præscriptio*, en cas de *sponsio*, était ainsi conçue : « *Ea res agatur, quod Aulus Agerius de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine Numerius Negidius sponsor est, cujus rei dies fuit.* »

Remarquons que dans cet exemple il y a deux *præscriptiones* mêlées, et pour ainsi dire enchevêtrées l'une dans l'autre. L'une est celle que nous avons étudiée dans la première section, la *præscriptio ea res agatur cujus rei dies fuit* : on suppose que l'obligation principale qui a été cautionnée n'était exigible qu'en plusieurs termes successifs. L'autre *præscriptio* est celle dont nous nous occupons : elle rattache l'*intentio* à la *demonstratio* en disant que le défendeur nommé dans l'*intentio* s'est engagé comme *sponsor* du débiteur principal nommé dans la *demonstratio* (*quo nomine Numerius Negidius sponsor est*).

Pour le cas où il s'agit d'un fidéjusseur, Gaius donne une autre formule un peu différente : « *Ea res agatur,*

quod Numerius Negidius pro Lucio Titio incertum fide sua esse jussit, cujus rei dies fuit, — Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, etc. »

Si au lieu d'une action *incerta*, nous supposons une action *certa* dirigée contre un *adpromissor*, l'intérêt de la *præscriptio* ne serait plus le même, car alors nous n'avons plus de *demonstratio* à faire concorder avec l'*intentio*. Mais il y aurait une autre raison non moins bonne pour insérer cette *præscriptio* : avant de condamner le défendeur, dont l'obligation est accessoire, il faut que le juge vérifie l'obligation principale qui en est le fondement, et pour cela qu'il la connaisse.

Les cas que nous venons de citer sont-ils les seuls où puissent se rencontrer des *præscriptiones* précisant la position des parties dans l'instance ? — Ce sont les seuls, il est vrai, que nous trouvons dans les textes, mais ces *præscriptiones* ne devaient pas se limiter à ces cas, car il en est d'autres où la situation est analogue.

3^o On peut citer d'abord les actions *adjectitiæ qualitatis*. Pour prendre l'hypothèse la plus simple, lorsqu'un préposé, un *magister navis* ou un *institor*, contracte avec un tiers, ce tiers a une action contre le préposant, contre l'*exercitor* : c'est l'action *exercitoria* dans le premier cas, l'action *institoria* dans le second. Si l'action est *incerta*, pas de difficulté : elle aura une *demonstratio* qui indiquera que c'est par le fait du préposé que le préposant est devenu débiteur. Mais en supposant une action *certa*, par conséquent sans *demonstratio*, nous aurons une formule dont l'*intentio* contiendra le nom de l'*exercitor*, tandis que le contrat qui donne naissance à l'obligation est le fait du *magister navis* ou de l'*institor*. Il est très probable qu'une *præscriptio* était alors donnée au demandeur, dans laquelle il indiquait que le défendeur était un prépo-

sant, et qu'il avait été obligé par le fait du *magister navis* (action *exercitoria*) ou de l'*institor* (action *institoria*). Nous aurons donc là encore une *præscriptio* tenant lieu de *demonstratio*, dont l'utilité est évidente. Il devait en être de même, au moins pour le cas d'une action *certa*, dans les autres actions *adjectivæ qualitatis*.

4° Supposons une action dans laquelle figure un *bonorum possessor*, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Là encore nous pouvons trouver une application probable des *præscriptiones pro actore* dont nous nous occupons. Prenons en effet une action dans laquelle un *bonorum possessor* poursuit un débiteur du défunt ou est poursuivi par un créancier du défunt. Qu'arrive-t-il ? — L'*intentio* est rédigée au nom du *bonorum possessor*, et cependant le fondement du droit qu'il invoque ou qu'on invoque contre lui, c'est un fait qui lui est étranger, c'est un contrat passé entre le défunt et un tiers. La *præscriptio* fera connaître au juge cette circonstance particulière. Et remarquons qu'ici la *præscriptio* sera utile non seulement s'il s'agit d'une action *certa*, mais même dans le cas d'une action *incerta*. En effet la *demonstratio* indiquera bien le contrat, base de l'action, intervenu entre le défunt et le tiers, mais l'*intentio* étant rédigée en faveur du *bonorum possessor* ou contre lui, il faudra que la formule lève la contradiction. Ce sera le but de la *præscriptio*, qui complètera ici la *demonstratio*.

Ce que nous disons du *bonorum possessor* sera vrai également, et par les mêmes raisons, du *bonorum emptor* et du *fideicommissarius ex Trebelliano*.

C. — Ne peut-on pas assigner à cette seconde classe de *præscriptiones a parte actoris*, modifiant, remplaçant même la *demonstratio*, une autre fonction, et dire qu'elles durent jouer, au moins à une certaine époque, un rôle important dans la théorie des contrats innomés ?

On sait que dans les premiers temps de l'empire, et sans doute sous l'influence de Labéon, on admit qu'une convention synallagmatique, ne rentrant dans aucun des contrats nommés et reconnus par le droit civil, pouvait, une fois exécutée par l'une des parties, donner lieu à son profit à une action pour contraindre l'autre partie à exécuter son obligation¹. Cette action est qualifiée dans les textes *præscriptis verbis actio*, et le sens de cette expression se comprend de lui-même : la formule, à défaut d'une action spéciale ayant un nom propre, décrivait les faits sur lesquels était fondée la prétention du demandeur. C'est ce que nous trouvons clairement dit dans la loi 2, D., *de Præscr. verb.*, l. XIX, t. V : *Cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est*, — et mieux encore dans une constitution d'Alexandre Sévère (L. 6, *in fine*, C., *de Trans.*, II, 4) : *utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est*.

Mais comment se produisait dans la formule cet exposé des faits servant de base à l'action ? — Le nom même de l'action (*præscriptis verbis*) semble bien indiquer que c'était au moyen d'une *præscriptio*. Telle est en effet l'opinion de la plupart des auteurs², et notamment celle de M. Accarias³, qui admet bien que là se trouve l'origine de l'action *præscriptis verbis*, mais d'après lequel cette *præscriptio* aurait été convertie plus tard en une *demonstratio*. Mais le texte d'Alexandre Sévère n'impose pas cette solution, et il est probable que tant que les *præscriptiones*

¹ V. la loi 5, pr., D., *de Præscrip. verb.*, XIX, 5, où Paul distingue quatre classes de contrats innommés, qu'il indique par les formules suivantes : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

² Keller, p. 487 ; — Zimmermann, p. 459 ; — Maynz, *Cours de Droit romain* (3^e édit.), t. II, § 328.

³ *Théorie des Contrats innommés*, p. 66.

a parte actoris existèrent avec leur nom propre et leur fonction spéciale, c'est sous cette forme que dut être rédigée cette espèce de *demonstratio in factum* qu'on rencontrait dans l'action *præscriptis verbis*, et qui ne se référait pas, comme la *demonstratio* ordinaire dans les autres actions *incertæ*, à un droit simple et bien défini, désigné sous un nom connu.

C'est ce qu'exprime très bien Maynz, dans son traité de droit romain ¹ : » La *condictio incerti* ayant une *intentio* « conçue dans les termes : *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*, il « était indispensable d'indiquer la cause de l'obligation, « ce qui, dans les actions vulgaires, se faisait au moyen « de la *demonstratio*, dans laquelle on désignait par un « nom usité le rapport obligatoire qu'il s'agissait de faire « valoir. Dans notre hypothèse, ce mode de procéder était « impossible, puisque c'était précisément pour des rapports « particuliers, n'étant compris dans aucune des catégories « vulgaires et usitées, que l'action devait servir. On se « tira de cette difficulté en remplaçant la *demonstratio* par « une *præscriptio*, dans laquelle on avait toute liberté « d'exposer, comme le besoin de la cause l'exigeait, les « faits sur lesquels on prétendait fonder la demande. »

C'est à cause de cette rédaction particulière de la formule que l'action *præscriptis verbis* est souvent qualifiée *in factum* ², bien que son *intentio* fût *concepta in jus* ³.

Keller donne plusieurs exemples de ces *præscriptiones* ainsi employées dans l'action *præscriptis verbis* ⁴ :

Ea res agatur, quod Aulus Numerio X ea lege dedit

¹ Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, p. 308.

² L. 1, § 1, D., de *Rer. perm.* — L. 24, in *fine*, D., de *Præscr. verb.*, XIX, 5.

³ L. 6, D., de *Præscr. verb.*, XIX, 5.

⁴ Keller, *Traité des Actions*, trad. de M. Capmas, p. 118.

ut Stichum servum suum manumitteret, quidquid paret ob eam rem Numerium Aulo dare facere oportere ex fide bona, ejus Numerium Aulo condemna, si non paret, absolve. (L. 7, D., de Præscr. verb.)

Ea res agatur, quod Aulus Numerium ea lege accepto liberavit, ut Numerius sibi nomen Titii debitoris delegaret, quidquid paret ob eam rem, etc. (L. 9, D., de Præscr. verbis.)

Ea res agatur, quod Aulus Stichum servum suum manumisit, quum inter eum et Numerium convenisset, ut hic invicem Publium servum suum manumitteret, quidquid ob eam rem, etc. (L. 5, pr. et § 5, D., de Præscr. verbis¹.)

SECTION III

DISPARITION DES PRÆSCRIPTIONES A PARTE ACTORIS

Comme nous l'avons dit en commençant, toute la théorie des *præscriptiones* était intimement liée au sort de la procédure formulaire, et devait disparaître en même temps que cette procédure. Aussi dans le droit de Justinien il n'y a plus de *præscriptiones a parte actoris*, et sans la découverte du manuscrit de Gaius, il eût bien difficile, sinon impossible, de reconstituer leur histoire.

Cette disparition s'explique. Et d'abord les *præscriptiones* de la première classe, nous l'avons vu, avaient pour but d'éviter le danger qu'aurait présenté dans certains cas,

¹ On s'explique facilement que Gaius ne fasse pas mention de cette application spéciale des *præscriptiones pro actore* dans l'action *præscriptis verbis*, car on sait qu'il était Sabinien, et que l'action *præscriptis verbis*, imaginée par les Proculiens, était en général repoussée par les Sabinien.

pour le demandeur, l'extinction totale du droit déduit en justice par l'effet de la *litis contestatio*. Elles deviennent inutiles lorsque la *litis contestatio* a perdu son effet extinctif, le demandeur n'épuisant plus son droit, par l'effet de la sentence, que dans la mesure où il l'a plaidé.

Quant à celles de la seconde classe, elles ne se rencontrent plus, avec leurs caractères propres et leur dénomination spéciale, sous la procédure extraordinaire, puisqu'il n'y a plus de formule où on doive nécessairement insérer, à une place déterminée, une clause explicative ; mais ce doit être plutôt une transformation qu'une disparition complète. Il est toujours nécessaire, en effet, quel que soit le juge, quelles que soient les formes de la demande et de la procédure, d'indiquer en quelle qualité et à quel titre le demandeur agit, et quels sont les faits sur lesquels il appuie sa prétention. Il est probable que sous le nouveau système de procédure, ces explications étaient données dans le *libellus conventionis*, qui était une requête adressée au magistrat lui-même.

CHAPITRE II

Des *præscriptiones* établies dans l'intérêt du défendeur.

(*Præscriptiones a parte rei.*)

Gaius (*Inst.*, C., IV, § 133) nous apprend que de son temps les *præscriptiones* n'étaient plus usitées que dans l'intérêt du demandeur, mais qu'autrefois il existait aussi des *præscriptiones* dans l'intérêt du défendeur, et que ces *præscriptiones* ont fini par se transformer en exceptions.

Nous verrons d'abord en quoi consistaient ces *præscriptiones* à l'origine, quels étaient leurs caractères et leurs effets, leurs ressemblances et leurs différences avec les exceptions ; puis nous étudierons leur transformation en exceptions, en cherchant quelle fut au juste la portée de cette transformation.

En nous plaçant avant l'époque de Gaius, nous pouvons dire d'une façon générale que le défendeur insérait une *præscriptio* dans la formule, lorsqu'il avait à opposer à la prétention du demandeur un moyen de défense qui devait être examiné tout d'abord, et qui, s'il était reconnu fondé, avait pour effet de faire rejeter la demande sans qu'il fût besoin d'en discuter le fond. La *præscriptio* était donc un moyen de défense, mais à cause de sa nature spéciale, ce moyen était inscrit en tête de la formule. Sa rédaction était d'ailleurs analogue à celle de la *præscriptio a parte actoris*. Il était en général caractérisé par ces mots : *ea res agatur*, et était conçu en forme de condition négative, comme l'exception. Son but était, non de contredire la demande, mais d'opposer à cette demande une fin de non-recevoir. Les *præscriptiones a parte rei* rentraient donc dans la théorie générale des exceptions ou moyens de défense, mais, comme nous le verrons, elles avaient leurs caractères spéciaux, et différaient profondément à l'origine, soit dans le fond, soit dans la forme, des exceptions proprement dites.

SECTION PREMIÈRE

EXEMPLES DE PRÆSCRIPTIONES A PARTE REI

On peut distinguer avec les textes trois catégories bien distinctes de *præscriptiones a parte rei*, ayant chacune un fondement différent et un but particulier.

A. — La première comprend les *præscriptiones* qu'on désigne généralement sous le nom de *præjudicia*. C'est à cette catégorie que se réfère l'exemple cité par Gaius au § 133 de son quatrième commentaire. Voici l'idée générale qu'il faut s'en faire. Il est possible que deux questions, se rattachant à des faits communs, soient liées entre elles de telle sorte que la décision de l'une ait une influence capitale sur celle de l'autre. Si l'une est plus importante, soit à raison de la juridiction à laquelle elle est soumise, soit à raison d'un intérêt plus grand, soit à raison des conséquences qu'elle doit avoir, il importe que cette question ne soit pas préjugée, décidée par avance, par la décision de la question moins importante. Pour éviter ce résultat, le défendeur faisait insérer une *præscriptio*, où il était dit que le jugement du procès actuel ne devait pas préjuger une chose plus grave : c'eût été en effet apporter un préjudice considérable au deuxième procès.

Comme exemple, on peut citer la *præscriptio* : « *Ea res agatur, si in ea re præjudicium hereditati non fiat*, » que mentionne Gaius : « Autrefois, dit-il, il y avait aussi « des *præscriptiones* en faveur du défendeur ; telle était la « *præscriptio* suivante : *Ea res agatur, si in ea re præ-* « *judicium hereditati non fiat* (que le droit soit mis en « action, si dans ce procès rien ne préjuge une question « d'hérédité), *præscriptio* qui aujourd'hui a pris la forme « d'une exception, et qui a lieu lorsque le demandeur d'une « hérédité préjuge la question d'hérédité par un autre « genre d'action, par exemple en demandant des objets « particuliers ; en effet, il serait inique que la revendication « d'une chose isolée précédât la question d'hérédité qui est « plus importante ¹. »

Nous reviendrons tout à l'heure assez longuement sur

¹ Gaius, c. IV, § 133.

les *præjudicia*, et nous consacrerons une section spéciale à l'étude de cette classe de *præscriptiones pro reo*, qui avaient une très grande importance.

B. — La seconde espèce de *præscriptio a parte rei*, c'est la *præscriptio fori*, qui correspond à ce que nous appellerions aujourd'hui le déclinatoire d'incompétence. *Forum* désigne, en effet, la juridiction compétente. On sait du reste qu'à Rome, quand on parle de compétence, il ne saurait être question du juge, qui était nommé pour chaque affaire et tirait toute son autorité de celle du magistrat. Il ne pouvait donc s'agir que de la compétence du magistrat qui avait délivré la formule, et cette compétence était territoriale. On suivait la règle : *actor sequitur forum rei* (Fragm. Vatic., §§ 325 et 326), et le *forum* comprenait à la fois le domicile, la patrie ou *origo*, autrement dit la cité dont on était membre, et de plus la ville de Rome, si le défendeur était citoyen romain ¹.

Ceci rappelé, supposons que le défendeur cité devant le magistrat soulève la question d'incompétence, qu'il prétende que ce magistrat n'est pas compétent ni à raison du domicile, ni à raison de l'origine du défendeur ; qu'arrivera-t-il ? — La plupart du temps la preuve en sera faite *in jure*, devant le magistrat lui-même, qui ne délivrera pas la formule. Mais il peut y avoir des difficultés, le fait invoqué peut exiger une vérification à faire par le juge : alors le magistrat délivrera une formule, et en tête de cette formule le défendeur fera insérer une petite clause, où la question de compétence sera posée ² : c'est la *præscriptio fori*, dont la formule ne nous a pas été conservée.

¹ M. Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, n° 735.

² Nous parlons seulement de la compétence *ratione personæ*, car si le magistrat était incompétent *ratione materiæ*, il n'y aurait pas besoin d'une *præscriptio* : la sentence serait nulle de plein droit. (L. 23, § 1, D., de Appell., XLIX, 1.)

Nous trouvons cette *præscriptio* formellement mentionnée par Ulpien, dans la loi 7, pr., D., *Qui satisd. cog.*, l. II, t. VIII. Il s'agit d'un fidéjusseur qui réunit bien les conditions exigées (*idoneus*), mais qui peut invoquer la *præscriptio fori*. Ulpien rapporte qu'un rescrit d'Antonin le Pieux avait permis de récuser un tel fidéjusseur, car le créancier aurait vu son recours entravé par la *præscriptio*.

On pourrait citer d'autres textes se référant à la *præscriptio fori*, mais ils sont moins intéressants pour nous, car ils ne se rapportent plus à l'époque de la procédure formulaire. La loi 13, C., *de Exc. seu præscr.*, l. VIII, t. XXXVI, dit que les *præscriptiones fori* doivent être opposées au début de l'instance ; mais ici le mot *præscriptio* n'a plus un sens technique, car la constitution citée est des empereurs Honorius et Théodose II, c'est-à-dire qu'elle date du v^e siècle de notre ère, bien après la suppression du système formulaire. — D'autres lois (l. 50, §§ 1 et 2 ; l. 52, §§ 3 et 4, D., *de Jud.*, V, 1) parlent encore de la *præscriptio fori*, mais se réfèrent à des cas de *cognitio extra ordinem*, à des demandes relatives à des fidéicommiss. Elles n'envisagent donc pas la *præscriptio fori* comme partie de la formule.

Mais le texte d'Ulpien que nous avons cité d'abord suffit à nous montrer que c'est bien sous la forme d'une *præscriptio*, c'est-à-dire d'une clause accessoire mise en tête de la formule, que le défendeur faisait valoir le moyen tiré de l'incompétence.

C. — Les *præscriptiones a parte rei* pouvaient avoir encore un autre fondement. Nous voulons parler de l'obstacle qu'une action peut trouver dans le temps écoulé. Même sous le régime de la procédure formulaire, toutes les actions n'étaient pas perpétuelles, et certaines ne pouvaient être intentées que pendant un certain délai, qui était

en général d'un an. Telles étaient la plupart des actions prétoriennes, toutes celles qui ont pour but de combattre le droit civil, et quelques autres encore ; telles étaient aussi par exception certaines actions civiles (*querela inofficiosi testamenti*, action d'injures, action *ex stipulatu* résultant de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*, etc.) Supposons qu'une de ces actions est intentée, et que le défendeur prétende que le délai pour agir est expiré ; en cas de contestation sur ce fait, il fera insérer dans la formule une *præscriptio temporis* (que cette action ait lieu, si tel temps ne s'est pas écoulé depuis le fait allégué).

On peut trouver une application de cette *præscriptio* dans la loi 1, § 4, D., *Ne de Statu def.*, l. XL, t. XV. Après cinq ans, il n'est plus permis de rechercher l'état d'une personne décédée (même loi, pr.), et si après ce délai une telle prétention est soulevée, elle doit être repoussée par une *præscriptio* (*præscribendum est*). Il en serait de même encore, si un affranchi réclamait l'ingénuité plus de cinq ans après son affranchissement. (L. 2, § 1, D., *Si Ingenuus*, XL, 14.)

De même, si le possesseur de bonne foi d'un fonds provincial se voyait actionné en revendication après dix ou vingt ans de possession, il pouvait en vertu de l'Édit du préteur réclamer l'insertion dans la formule d'une *præscriptio longi temporis* ou *longæ possessionis*, et grâce à cette *præscriptio* fondée sur le temps, il repoussait la prétention de son adversaire.

SECTION II

CARACTÈRES ET EFFETS DES PRÆSCRIPTIONES A PARTE REI

Avant de voir la disparition des *præscriptiones a parte rei* et leur confusion avec les exceptions, il faut indiquer quelle était leur nature à l'origine, avant cette transforma-

tion, quels étaient leurs caractères distinctifs et leurs effets spéciaux.

Les *præscriptiones a parte rei* étaient, comme les exceptions, des moyens de défense que le défendeur faisait insérer dans la formule. Elles ressemblaient encore aux exceptions en ce qu'elles ne touchaient pas au fond du droit, et ne contenaient pas la négation de l'*intentio* ; elles avaient pour but de paralyser la prétention du demandeur sans la heurter de front. Le préteur, que le défendeur lui présentât une exception ou une *præscriptio*, agissait de même. Il examinait le moyen proposé, et si à première vue il lui paraissait fondé, il ne délivrait pas de formule. Si au contraire il y avait quelque doute, il délivrait une formule, en y insérant, selon les cas, soit une exception, soit une *præscriptio*.

A côté de ces points communs, les *præscriptiones a parte rei* présentaient avec les exceptions des différences notables, qui leur donnaient une individualité bien distincte.

En premier lieu, et là-dessus tout le monde est d'accord, il y avait entre les exceptions et les *præscriptiones* une différence de forme. Tandis que les exceptions étaient insérées dans la formule *après* l'*intentio* et avant la *condemnatio*, les *præscriptiones* étaient placées, leur nom l'indique, en tête de la formule, s'en détachant pour ainsi dire, et toujours *avant* l'*intentio*.

Cette différence tout extérieure ne correspondait-elle pas à une différence plus profonde, tenant à la nature même de la *præscriptio* ? Est-ce par l'effet d'un pur hasard de rédaction que la *præscriptio* avait sa place en tête de la formule ? C'est l'opinion de Savigny, qui dit expressément des *præscriptiones a parte rei* : « Ces dernières étaient
« des exceptions véritables, des exceptions proprement
« dites, et c'est par une circonstance purement accidentelle

« que certaines exceptions se trouvaient ainsi placées
« avant l'*intentio*, tandis que la plupart l'étaient après¹. »

— Nous ne voulons pas accuser la législation romaine, dans laquelle la forme a toujours une si grande influence, d'un tel arbitraire, et nous pensons, avec la majorité des auteurs, que cette différence de rédaction n'était que la conséquence d'une autre différence beaucoup plus importante, qui tient à la nature même et au but différent des deux institutions.

Tandis que l'exception est examinée après la vérification de la demande, l'examen de la *præscriptio* précède celui de l'*intentio*. L'exception, mise après l'*intentio*, a pour but, cette *intentio* une fois vérifiée, d'en paralyser l'effet, d'empêcher par suite la condamnation ; elle n'empêche pas le juge d'examiner la prétention du demandeur, mais elle met obstacle à la condamnation. C'est à l'action elle-même que la *præscriptio* met obstacle. Mise en tête de la formule, elle empêche le juge d'aller plus loin ; elle s'oppose à ce qu'il examine même si l'*intentio* est fondée : en d'autres termes, elle équivaut à une fin de non-recevoir. C'est une condition négative mise, non à la condamnation, mais à l'exercice même de la poursuite, et l'action sera rejetée ou suivra son cours suivant que la *præscriptio* aura été reconnue fondée ou non fondée. La *præscriptio* devant être examinée tout d'abord, il est naturel qu'elle soit placée en tête de la formule.

Cet effet de la *præscriptio* nous semble résulter clairement d'un passage de Quintilien (*Institutio oratoria*, l. VII, ch. v), où nous lisons : « *Aut intentio, aut præscriptio habet controversiam.* » Le débat porte ou sur l'*intentio*, ou sur la *præscriptio* : le juge n'a donc qu'à examiner l'une ou l'autre et n'a pas à les vérifier à la fois

¹ Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Guenoux, t. V, p. 177.

toutes deux. Un peu plus bas, Quintilien ajoute, et ce sont les mots dont nous tirons argument : « *Quum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re quæri non est necesse* ¹. » Donc la *præscriptio* est examinée avant l'*intentio*, et constitue une fin de non-recevoir.

Nous pourrions citer dans le même sens deux autres textes, mais ils sont moins concluants, étant tous deux postérieurs à Gaius et à la transformation des *præscriptiones*. Le premier est un passage d'Aurélius Victor (*Ars rhetorica*, IV, 1) : « *Potius enim est, si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conluctari.* » — L'autre est une constitution de Caracalla de l'année 212 (L. 5, C., de *Pign. et hyp.*, VIII, 14) : « *Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si... non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit.* »

Ainsi la *præscriptio* est une fin de non-recevoir, et la preuve doit en être faite avant celle de l'*intentio* ². C'est là une première différence de fond qui sépare la *præscriptio a parte rei* de l'exception proprement dite.

Supposons maintenant que le bien-fondé de la *præscriptio* a été établi par le défendeur, et que le juge l'a admise. Quel est l'effet de la *præscriptio* ? Nous allons trouver ici une nouvelle différence avec l'exception. Lorsqu'une exception est admise, son effet normal est d'amener l'absolution du défendeur ; quelquefois aussi elle diminue seulement la condamnation. Tout autre est l'effet de la *præscriptio* si elle constitue, comme nous croyons l'avoir démontré, une simple fin de non-recevoir. Le juge n'a pas à statuer sur le fond de la demande ; il ne prononce ni

¹ Quintilien est antérieur à Gaius, et à son époque (1^{er} s.), les *præscriptiones a parte rei* existaient peut-être encore.

² *Contra* : Bonjean, *Traité des Actions* (2^e éd.), t. I^{er}, pp. 444 et 445 ; t. II, p. 332, note 1.

condamnation, ni absolution : il reconnaîtra la *præscriptio* fondée, et tout sera fini. Par suite, comme le procès ne suit pas son cours, comme le juge ne se prononce ni dans un sens ni dans l'autre, le droit n'est pas déduit en justice ni épuisé, et le demandeur, le jour où la *præscriptio* cessera d'être fondée, pourra reproduire sa demande. Cela semble bien résulter, en dehors des textes, de la formule même de la *præscriptio*. Prenons l'exemple cité par Gaius : *Ea res agatur, si in ea re præjudicium hereditate non fiat*. La formule qui contient une *præscriptio* est une formule conditionnelle : l'action opérera son effet, si la *præscriptio* n'est pas fondée. Donc si la *præscriptio* est fondée, rien ne sera réputé fait.

Ainsi, et c'est là une seconde différence bien caractéristique, tandis qu'une exception prouvée conduit à l'absolution du défendeur et à l'épuisement du droit, lorsqu'une *præscriptio* est admise, il n'y a pas absolution et le droit n'est pas éteint. En ce qui concerne la *præscriptio fori*, tout le monde en convient sans difficulté¹ ; car il est évident que le juge, se reconnaissant incompétent, ne peut condamner ni absoudre, et il est aussi évident que cela n'empêche pas le demandeur de reproduire sa prétention devant la juridiction compétente. — Pour les *præjudicia* nous étudierons plus tard la question quand nous parlerons de leurs effets ; mais dès à présent nous pouvons citer des textes qui semblent bien donner la même solution : c'est d'abord la loi 3, § 8, D., *de Carb. ed.*, l. XXXVII, t. X, puis les lois 16 et 18, D., *de Exc.*, l. XLIV, t. 1. — Quant aux *præscriptiones temporis*, c'est pour elles surtout que certains auteurs se refusent à admettre notre doctrine² ; mais remarquons que si elles

¹ Bonjean, *Traité des Actions*, t. II, p. 332, note 1, et p. 335.

² Bonjean, t. II, pp. 342 et 343.

forment un obstacle perpétuel à l'action, ce n'est pas parce que le droit a été déduit en justice lors de la première instance, mais parce que la *præscriptio* fondée alors le sera à plus forte raison plus tard, et pourra toujours être efficacement reproduite. Il est donc vrai de dire qu'à l'origine, même pour ce cas, il n'y avait pas absolution, et quant au texte du Code qu'on nous oppose (L. 9, C., de *Præscr. long. temp.*, VII, 33, *Const. de Diocl. et Max.*), il ne prouve rien, puisqu'il est d'une époque où les *præscriptiones* avaient été transformées en exceptions.

SECTION III

TRANSFORMATION DES PRÆSCRIPTIONES A PARTE REI EN EXCEPTIONS

Nous savons par Gaius (C., IV, § 133) que de son temps les *præscriptiones* n'existaient plus qu'en faveur du demandeur, et que les *præscriptiones* qui étaient autrefois invoquées par le défendeur, s'étaient transformées en exceptions¹.

Nous allons voir quelle est la portée de cette transformation, puis nous rechercherons s'il est possible de connaître l'époque à laquelle elle s'est produite; nous verrons en même temps quelle influence elle a exercé sur le langage du droit.

§ 1. — Portée de la transformation.

Dire que les *præscriptiones a parte rei* ont été converties en exceptions, c'est dire d'abord qu'au lieu de figurer en tête de la formule, elles furent placées désormais, comme toutes les exceptions, après l'*intentio*. C'est

¹ On peut, en effet, sans témérité, étendre à toutes les *præscriptiones a parte rei* ce que Gaius dit de la *præscriptio* : « *Ea res agatur si in ea re præjudicium hereditati non fiat.* »

ce qu'expriment, à propos de la *præscriptio* particulière qu'il cite, ces mots de Gaius : « *Nunc in speciem exceptionis deducta est.* »

Ce changement dans la forme est-il le seul qu'ait produit la transformation ? Les *præscriptiones*, empruntant aux exceptions leur rédaction, empruntèrent-elles aussi leurs caractères et leurs effets ? L'assimilation fut-elle complète, dans le fond comme dans la forme ? C'est là le point important qu'il importe de préciser.

L'intérêt pratique de la question tient aux différences profondes que nous avons signalées entre les effets des *præscriptiones* et ceux des exceptions :

1^o La *præscriptio* est examinée avant l'*intentio*, tandis que l'examen de l'exception suppose la vérification préalable de la prétention du demandeur ;

2^o L'exception aboutit en général à l'absolution du défendeur, la *præscriptio*, une fois justifiée, amène seulement le dessaisissement du juge ;

3^o L'exception étant prouvée, et le défendeur absous, le droit du demandeur est épuisé et ne peut être reproduit en justice. L'admission de la *præscriptio* au contraire n'entraîne pas l'épuisement du droit.

Toutes ces différences vont-elles disparaître après la conversion des *præscriptiones* en exceptions ? Désormais la *præscriptio a parte rei* va-t-elle être examinée après l'*intentio*, va-t-elle faire absoudre le défendeur, va-t-elle épuiser le droit du demandeur ?

La solution de cette question ne nous est pas donnée par les textes, et nous sommes réduits à des conjectures. Nous croyons, avec M. Accarias ¹, qu'il ne faut pas donner une réponse absolue. Remontons à l'effet ancien des *præs-*

¹ *Précis de Droit romain*, t. II, n^o 922, p. 1265 ; — Cours de Pandectes, 1880-1881.

criptiones a parte rei. Nous reconnâtrons bien vite que si leurs effets étaient en principe les mêmes, elles aboutissaient dans la pratique à des résultats tout différents.

En nous plaçant à ce point de vue purement pratique, nous pouvons diviser les anciennes *præscriptiones pro reo* en deux classes, et cette distinction rationnelle fournira une réponse aux questions que nous nous sommes posées.

A. — Prenons comme type des *præscriptiones* de la première classe la *præscriptio longi temporis* ou *longæ possessionis*. Le possesseur de bonne foi d'un fonds provincial est actionné par le propriétaire en restitution du fonds. Au moyen d'une *præscriptio*, il oppose au demandeur qu'il a possédé le fonds *ex justa causa* et de bonne foi pendant dix ou vingt ans. Quel était jadis l'effet de cette *præscriptio* ? Le juge ne prononçait pas l'absolution du défendeur ; il se bornait à se dessaisir, et dans la rigueur du droit le propriétaire pouvait agir de nouveau en revendication. Mais s'il l'avait fait, il aurait été de nouveau repoussé par la *præscriptio longi temporis*, car ce qui était vrai aujourd'hui devait l'être demain, et le défendeur, par le fait de sa possession pendant le temps voulu, était à l'abri de toute réclamation. Si donc nous allons au fond des choses, nous voyons que la *præscriptio* aboutissait ici au même résultat pratique que s'il y avait eu absolution et épuisement du droit.

Ce que nous disons de la *præscriptio longæ possessionis* était également vrai de toute *præscriptio* fondée sur le temps. Car supposons qu'une action est repoussée à l'aide d'une *præscriptio* parce que le délai pour l'intenter est expiré, il est bien évident qu'elle sera *a fortiori* repoussée un an après. Ainsi par exemple nous avons vu qu'une personne étant morte avec la possession d'un certain état, on ne pouvait pas chercher à lui attribuer un état

pire, lorsque cinq ans s'étaient écoulés depuis le décès. (L. 1, pr., et l. 4, pr., *ne de Stat. def.*, XL, 14.) Le demandeur qui après six ans est repoussé par une *præscriptio*, le sera à plus forte raison après sept ans, s'il recommence son action.

Pour de telles *præscriptiones*, on conçoit que la transformation dut être complète. Comme elles produisaient en définitive le même résultat que les exceptions, il était rationnel de leur appliquer toutes les règles des exceptions, tant pour le fond que pour la forme. On peut donc dire que dans tous ces cas après Gaius le juge prononçait l'absolution du défendeur et qu'il y avait épuisement du droit ; cela étant, il est aussi naturel de dire que ces *præscriptiones* ne seront désormais prouvées qu'après la vérification de l'*intentio*.

Une constitution de Dioclétien, dont nous avons plus haut repoussé l'autorité pour l'époque ancienne, justifie nos assertions pour l'époque qui suivit la transformation des *præscriptiones* en exceptions. (L. 9, C., *de Præscr. long. temp.*, VII, 33.) D'après cette constitution, un acheteur de bonne foi qui a possédé *inter præsentés* pendant dix ans, et qui n'a pas au début opposé sa possession, peut encore, après que le demandeur a justifié son *intentio*, le repousser au moyen d'une *præscriptio*, et demander valablement son absolution : *emptor bona fide contra præsentem decennii præscriptione, cujus initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione juxta possessionis defensus, absolvi recte postulat*. Ce texte nous montre donc de la façon la plus évidente : 1° que le moyen tiré de la *præscriptio* n'a pas besoin d'être prouvé avant l'*intentio* ; 2° que la *præscriptio* aboutit à l'absolution du défendeur.

Certains *præjudicia* produisaient aussi par la force des

choses un résultat définitif, et devaient par suite être assimilés aux *præscriptiones temporis*. Nous avons dit tout à l'heure qu'on ne pouvait pas rechercher l'état d'une personne, du moins pour lui attribuer un état pire, lorsqu'il s'était écoulé plus de cinq ans depuis sa mort. Supposons qu'on recherche l'état d'une personne vivante, mais que pour l'établir il soit nécessaire d'examiner l'état d'une personne morte depuis plus de cinq ans, le demandeur sera repoussé par un *præjudicium*, et le rejet de la demande sera définitif, car à quelque époque qu'elle soit reproduite, elle se heurtera toujours au même obstacle.

B. — D'autres *præscriptiones* n'avaient au contraire qu'un effet temporaire et provisoire, et durent conserver ce caractère, même après qu'elles eurent été transformées en exceptions. Telle est la *præscriptio fori*, par laquelle le défendeur opposait l'incompétence du magistrat. Ce n'était là qu'une question préjudicielle, qui devait être examinée nécessairement en premier lieu, avant d'entamer le procès. Cette *præscriptio* devenue exception dut continuer à être prouvée avant l'*intentio*. De même il eût été singulier qu'une telle *præscriptio*, tendant seulement à établir l'incompétence du magistrat, aboutît à l'absolution du défendeur et à l'épuisement du droit du demandeur : le défendeur conteste simplement l'autorité de la juridiction saisie, il ne veut rien de plus, et la demande pourra être reproduite devant la juridiction compétente. Une telle *præscriptio* peut donc être assimilée à l'exception dilatoire de notre droit actuel, et ne devait produire, même dans le dernier état du droit romain, que le même effet.

On peut dire la même chose en général des *præjudicia*. J'allègue que le procès qu'on soulève contre moi préjuge une question plus grave. Qu'arrive-t-il ? — Le *præjudicium* empêche de trancher aujourd'hui le débat actuel. Mais lorsque la question *major* aura été tranchée en faveur

du demandeur, rien ne l'empêchera de reproduire sa première demande, qui désormais ne préjuge plus rien. Le *præjudicium* ne fait donc que suspendre l'action; il doit être prouvé au début de l'instance, et il ne peut ni faire absoudre le défendeur, ni enlever au demandeur son droit. Ainsi, selon nous, les *præjudicia*, du moins en général, comme la *præscriptio fori*, ont conservé, tout en changeant de forme, les caractères et les effets des anciennes *præscriptiones a parte rei*.

On peut trouver dans les textes la justification de la distinction, et plus particulièrement de ce que nous venons dire pour la *præscriptio fori* et les *præjudicia*. D'abord cela explique deux textes que nous avons cités plus haut, un passage d'Aurélius Victor (*Ars rhetorica*, l. IV, ch. 1) et une constitution de Caracalla (L. 5, C., *de Pign. et hyp.*, VIII, 14), qui tous deux, bien que postérieurs à la transformation des *præscriptiones*, disent que la *præscriptio* est examinée avant l'*intentio*. C'est sans doute qu'ils se rapportent à des *præscriptiones* de la seconde classe.

On peut citer aussi la loi 16, D., *de Exc.*, l. XLIV, t. I. Ce texte est d'Africain, et ce jurisconsulte, qui vivait à l'époque de Gaius, a dû l'écrire après la transformation des *præscriptiones* en exceptions, car il qualifie un *præjudicium* d'exception. Or, voici comment il s'exprime : « *Fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter me et te controversia est; et dico, præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. Si viam petam, exceptionem* » Quod præjudicium prædio non fiat, » utilem tibi fore putavit : videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim, fundum Titianum meum esse. » Ainsi la propriété du fonds Titien étant litigieuse entre vous et moi, je ne puis prétendre avoir une servitude au profit du

fonds Titien sur un autre fonds qui certainement vous appartient, car ce serait préjuger la question de propriété, et vous me repousserez par un *præjudicium*. Je ne pourrai pas, dit Africain, prouver que la servitude m'est due, avant d'avoir prouvé que je suis propriétaire du fonds Titien. C'est-à-dire sous une autre forme : 1^o que le *præjudicium* doit être examiné avant l'*intentio* de l'action confessoire ; 2^o que le *præjudicium* étant admis, l'action sera provisoirement repoussée, mais pourra être reprise lorsque la question de propriété sera tranchée.

Ce que ce texte dit pour la *præscriptio* « *Quod præjudicium prædio non fiat*, » on peut raisonnablement l'étendre à d'autres *præjudicia* et à la *præscriptio fori*. Mais il faut remarquer que certains *præjudicia* ont toute la force d'une exception ordinaire et conduisent à un résultat définitif.

En résumé, la transformation des *præscriptiones a parte rei* en exceptions est loin d'avoir toute l'importance qu'on pourrait croire au premier abord, et en somme elle n'amena pas des changements bien notables. On peut diviser les *præscriptiones* en deux classes. Les unes, dès l'époque ancienne, avaient un résultat définitif : celles-là devinrent de véritables exceptions, tant pour le fond que pour la forme. D'autres ne faisaient que suspendre l'instance, sans amener, ni directement, ni indirectement, l'extinction du droit du demandeur ; ces dernières, tout en prenant la forme des exceptions, conservèrent leur nature première et leurs anciens effets.

§ 2. — Quand eut lieu la transformation ?

C'est une question fort obscure que celle de savoir à quelle époque les *præscriptiones a parte rei* se sont transformées en exceptions. Gaius (C. IV, § 133) mentionne la

chose comme faite, mais il ne dit pas depuis combien de temps.

Certains auteurs ¹ prétendent que cette transformation est antérieure à Cicéron, et ils s'appuient sur un passage du traité de *Inventione* (II, 20), où on trouve un *præjudicium* qualifié exception. Mais la conclusion qu'on en veut tirer nous paraît téméraire. En effet, bien des auteurs postérieurs à Cicéron, et notamment Quintilien, dans un passage que nous avons cité plus haut (*Inst. or.*, VII, 5), parlent des *præscriptiones* comme existant encore de leur temps ; d'un autre côté on peut bien admettre que Cicéron, malgré la correction de son langage, ait dans un ouvrage de rhétorique employé le mot *exceptio* dans son sens large, comprenant tous les moyens de défense, et non dans le sens restreint qu'il avait lorsqu'on l'opposait au mot *præscriptio*. D'ailleurs, Cicéron dans un autre passage (*de Orat.*, I, 37), emploie encore le mot *exceptio* dans ce sens large, et, ce qui est plus caractéristique, c'est à propos d'une *præscriptio a parte actoris*. Rien ne prouve donc que la transformation soit antérieure à Cicéron.

D'autres interprètes ² font une autre conjecture. Les *præscriptiones a parte rei* seraient la forme primitive des moyens de défense dans le système formulaire. Les exceptions proprement dites ne seraient venues que plus tard, et auraient existé quelque temps parallèlement aux *præscriptiones*, avec un rôle distinct et des effets différents, jusqu'à ce qu'elles aient fini par absorber à leur tour les *præscriptiones* ; de sorte que la confusion des deux institutions ne serait qu'un retour à l'unité primitive, mais en sens inverse : de même qu'à la fin du droit il

¹ Heffter, *Institutionen des römischen und deutschen Civil-Processes*, p. 110. — Schilling, *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte*, p. 269, note 737.

² Keller, *Traité des Actions*, trad. de M. Capmas, p. 193.

n'y avait plus que des exceptions, de même au début il n'y aurait eu que des *præscriptiones*. Ce système contient peut-être une part de vérité, mais il est au moins trop absolu. D'ailleurs, outre qu'il fait pour ainsi dire une période transitoire de ce qui semble avoir été le dernier mot du système formulaire, il n'indique ni à quelle époque la dernière unification aurait eu lieu, ni à quelle date se serait produite pour la première fois la séparation.

On s'appuie surtout dans ce système sur ce que dans les textes on trouve fréquemment les deux mots *exceptio* et *præscriptio* employés l'un pour l'autre. Cette confusion de langage s'expliquerait très bien, en admettant que chacun de ces mots a successivement désigné toutes les exceptions accordées au défendeur. Il est vrai qu'au Digeste et au Code, à côté des textes qui emploient le mot *exceptio* au lieu de *præscriptio* (L. L. 13, 16 et 18, D., *de Exc.*, XLIV, 1; — l. 5, § 1; l. 12, D., *de Div. temp. præscr.*, XLIV, 3; — L. 30, C., *de Jure. dot.*, V, 12), des exceptions proprement dites sont souvent en sens inverse appelées *præscriptiones*. Comme exemples on peut citer les exceptions tirées de la chose jugée (L. 42, D., *de Lib. caus.*, XL, 12; — L. 63, *de Re jud.*, XLII, 1; L. L. 10 et 11, *de Exc.*, XLIV, 1; — L. 29, *pr.*, *de Exc. rei jud.*, XLIV, 2), de la transaction (L. 9, *pr.*, D., *de Trans.*, II, 15), de l'incapacité du *procurator* (L. 13, C., *de Proc.*, II, 13) et même du dol (L. 91, D., *de Sol.*, XLVI, 3).

Mais cette confusion de langage n'implique pas nécessairement que toutes les exceptions aient été au début des *præscriptiones*. Si, en effet, on peut admettre assez facilement cette conjecture pour les exceptions *rei judicatæ* et *transactionis*, le bon sens la repousse au moins pour l'exception de dol : on ne peut admettre que le défendeur fût obligé de prouver le dol de son adversaire avant que la prétention de celui-ci fût justifiée. La confusion de lan-

gage qu'on trouve dans la compilation de Justinien peut très bien s'expliquer autrement. Du jour où on eut admis que les *præscriptiones* étaient toutes transformées en exceptions, on n'attacha plus la même importance au langage, et on se servit presque indifféremment des deux mots.

Quoi qu'il en soit de cette controversè, il est impossible de préciser l'époque à laquelle les *præscriptiones* se sont converties en exceptions. Peu importe d'ailleurs. L'essentiel est de constater qu'à une certaine époque cette conversion eut lieu, et qu'elle exerça une grande influence sur le langage juridique : dès lors les moyens de défense non tirés du fond accordés au défendeur, qui formaient autrefois deux classes distinctes, n'en forment plus qu'une seule, et sont qualifiés dans les textes tantôt exceptions, tantôt *præscriptiones*.

Remarquons toutefois que le nom de *præscriptiones* s'appliquait particulièrement aux exceptions fondées sur un long temps, et de là vint que ce mot prit un nouveau sens, qui persiste après l'abolition du système formulaire, ne désignant plus un moyen de procédure, mais un mode d'acquérir ou de libérer par un laps de temps. C'est avec ce sens nouveau et particulier que le mot *prescription* a passé dans les législations modernes.

SECTION IV.

DES PRÆJUDICIA.

Nous avons annoncé quelques détails sur une classe très importante de *præscriptiones a parte rei*, les *præjudicia*, dont nous n'avons jusqu'ici donné qu'une idée générale. C'est maintenant le moment de les fournir.

Nous étudierons successivement les caractères généraux

des *præjudicia*, leurs applications principales, leurs effets. Puis nous dirons quelques mots en particulier du *præjudicium de hereditate*.

§ 1. — Caractères généraux des *præjudicia*.

Remarquons d'abord que le mot *præjudicia* dans le droit romain a deux sens. Il désigne quelquefois une classe particulière d'actions, par lesquelles on pose simplement une question au juge, on lui demande de reconnaître un droit, sans prononcer de condamnation. Ce genre d'actions s'applique en particulier aux questions d'État. (*Inst.*, l. IV, t. VI, § 13.) Tout autre est le sens que nous donnons ici au mot *præjudicia* : il s'entend de toute une catégorie de *præscriptiones a parte rei*, ayant pour objet d'empêcher qu'une question portée en justice ne préjuge une question plus importante.

Laissant donc de côté les actions préjudicielles, nous allons rechercher les caractères des *præjudicia* envisagés comme exceptions, ou plutôt, pour employer un langage plus exact, comme *præscriptiones a parte rei*.

Voici l'hypothèse où nous nous plaçons. Il faut supposer deux questions qui ont entre elles un lien étroit, de sorte que la solution de l'une doit nécessairement influencer sur celle de l'autre, et dont l'une est *major*, l'autre *minor*. Si la question moins importante (*minor*) était jugée d'abord, cela pourrait causer un sérieux préjudice au défendeur à la question *major*. Aussi avait-on posé en principe qu'une question plus grave ne devait jamais être préjugée par la solution d'une question moins grave. (L. 54, D., *de Jud.*, V, 1.) On faisait respecter ce principe à l'aide d'une *præscriptio* par laquelle le défendeur repoussait le demandeur à la question *minor* : cette *præscriptio*, à cause de son but, est généralement appelée *præjudicium*.

Maintenant quand pouvait-on dire qu'une question était *major* par rapport à une autre *minor* ? — C'est par exemple lorsque l'une n'est que la conséquence, l'accessoire de l'autre, comme est la revendication d'objets héréditaires par rapport à la pétition d'hérédité. (Gaius, C. IV, § 133.) C'est encore lorsque l'une est de la compétence d'une juridiction spéciale, comme le tribunal des Centumvirs (L. 12, pr., C., *de Pet. her.*, III, 31), ou bien lorsque c'est une cause criminelle ¹, ou fiscale. (L. 35, D., *de Jure fisci*, XLIX, 14.) La *causa existimationis* était aussi regardée comme *major*, eu égard à un litige purement pécuniaire. (L. 104, D., *de Reg. jur.*, L, 17.) Dans tous ces cas, lorsque la *causa minor* était portée la première en justice, le défendeur opposait une *præscriptio*, afin d'empêcher que la sentence rendue ne préjugât la *causa major* ².

D'ailleurs il faut supposer que la *causa minor* n'est pas encore parvenue à la *litis contestatio*, car alors le procès est lié et la formule ne peut plus être modifiée.

Le *præjudicium* affectait en général la forme ordinaire des *præscriptiones pro reo* (*Ea res agatur, si non...*) C'est ce que nous verrons mieux en donnant quelques exemples des *præjudicia* les plus usuels.

§ 2. — Exemples de Præjudicia.

Nous pouvons indiquer avec les textes trois catégories d'hypothèses où on rencontre des *præjudicia*. Les deux

¹ C'est en ce sens que Cicéron dit que L. Métellus refusa de délivrer l'action *quod metus causa* contre Verrès, pour que la décision des *recuperatores* ne préjugât pas la décision criminelle. (Cicéron, deuxième action contre Verrès, III, 65.)

² Lorsque de deux questions connexes on ne pouvait pas dire laquelle était *major* et laquelle *minor*, le mieux était de les juger ensemble. (L. 3, § 8, D., *de Carb. ed.*, XXXVII, 10.)

premières touchent à un intérêt d'ordre public ; la troisième n'a trait qu'à des intérêts d'ordre privé. Du reste, nous n'entendons ici que donner quelques exemples, sans embrasser dans une classification complète tous les *præjudicia* qui peuvent se produire.

A. — Dans une première catégorie nous placerons les *præjudicia* qui se rattachent à l'idée suivante. On peut considérer comme *major* par rapport à une autre (*minor*) une question qu'il est interdit de soulever en justice. Expliquons-nous par un exemple, que nous emprunterons à la loi 1, §§ 1 et 2, D., *Ne de Stat. def.*, l. XL, t. XV. Voici de quoi il s'agit. L'état d'un individu qui est décédé ne peut pas être recherché d'une façon principale et directe lorsqu'il est mort depuis plus de cinq ans et qu'il s'agit de lui attribuer un état pire que celui dont il jouissait. Par exemple une personne est décédée *in possessione libertatis* ; on ne peut après plus de cinq ans la faire déclarer esclave.

On considère qu'au bout d'un aussi long espace de temps les preuves feraient la plupart du temps défaut, et l'intérêt public serait gravement troublé si l'état des personnes pouvait être menacé par des recherches malveillantes, alors que les intéressés ne sont plus là pour se défendre¹.

Supposons qu'un procès est intenté ; dans ce procès on recherche, non plus l'état d'une personne morte depuis plus de cinq ans, mais l'état d'une personne décédée depuis moins de cinq ans, ou même d'une personne vivante. Seulement il se trouve que pour déterminer cet état, il faut examiner quel était le *status* d'une personne

¹ Au contraire, on avait admis que, même après cinq ans, un débat judiciaire pouvait avoir lieu s'il avait pour but d'attribuer au défunt un état meilleur que celui qu'il avait possédé. (L. 1, § 4, l. 3, D., *ne de Stat. def.*, XL, 15.)

morte depuis plus de cinq ans, et cet examen tendra à aggraver l'état que cette personne possédait en mourant. Le débat sur le procès actuel arriverait donc à décider implicitement une question qu'il serait interdit de trancher d'une façon principale. Si cela apparaît clairement *in jure*, le préteur ne délivrera pas de formule ; s'il y a quelque doute, il insérera dans la formule un *præjudicium*. Ainsi par exemple je prétends aujourd'hui que Stichus, actuellement vivant, est esclave, et pour cela je me fonde sur ce qu'il est fils de Prima, qui selon moi aurait été esclave de son vivant. Or Prima est morte depuis plus de cinq ans, et elle est morte ayant la possession d'état d'ingénue. Dans ces conditions le magistrat, en me délivrant une formule d'action, y inscrira un *præjudicium*, d'après lequel le procès concernant Stichus ne pourra avoir lieu, qu'autant qu'il n'aura pas pour résultat d'attribuer à Prima un état moins bon que celui dont elle jouissait avant sa mort.

Donc on considère ici comme *major* une question qu'il est défendu de soulever en justice d'une façon principale, et comme *minor* la question qui, pouvant faire l'objet d'un procès, préjugerait celle-là.

Remarquons que c'est dans cette hypothèse qu'il faut faire une réserve à la règle générale sur l'effet des *præjudicia*, qui pour la plupart conservèrent leur nature ancienne après leur transformation en exceptions. Par la force des choses le *præjudicium* que nous venons de citer aura un effet définitif, et le droit du demandeur sera épuisé.

B. — Une autre catégorie de *præjudicia*, fondée encore sur des considérations d'ordre public, dérive du principe que la décision d'une juridiction ordinaire ne doit pas préjuger la décision d'une juridiction spéciale, et particulièrement qu'une question civile ne doit pas préjuger une question criminelle. Ulpien (L. 7, § 1, D., *de Inj.*,

XLVII, 10) nous fournit un exemple de ces *præjudicia*. Il suppose qu'un esclave a été tué, et cela *injuria*, de telle façon que ce meurtre constitue une injure pour le maître de l'esclave. De ce fait naît au profit du maître une *actio injuriarum*, résultant du délit d'injure commis contre le maître. Mais en même temps ce fait constitue un crime prévu par la loi *Cornelia, de Sicariis*, et peut donner lieu à une poursuite criminelle. Ulpien nous dit que si le maître veut intenter l'action civile d'injures, il y aura lieu à un *præjudicium*, fondé sur ce que l'action d'injures ferait préjuger qu'il y a un crime. En effet la preuve du délit civil d'injures emporte forcément la preuve du crime de meurtre, car tous deux supposent les mêmes éléments, le fait matériel et l'intention. Ainsi, dans ce cas, du moins, l'action civile préjuge l'action criminelle, et un *præjudicium* sera utile pour empêcher ce résultat.

Cicéron (*de Inv.*, II, 20) cite sous le nom d'*exceptio* un *præjudicium* analogue. Il raconte que dans une rixe entre hommes armés, un chevalier avait eu la main coupée par un des assaillants. Il intente contre l'agresseur l'action d'injures. Celui-ci demande au préteur d'insérer dans la formule un *præjudicium* ainsi conçu : « *Extra quam in reum capitis præjudicium fiat,* » tandis que le demandeur réclame une formule pure et simple. C'est qu'il ne faut pas que l'action d'injures préjuge le crime d'assassinat : *non enim oportet in recuperatorio judicio, ejus maleficii, de quo inter sicarios quæritur, præjudicium fieri*. Là encore nous avons en présence une action civile (*minor*) et une action criminelle (*major*), et pour empêcher le préjugé de la première sur la seconde, on a recours à un *præjudicium*.

Mais pour que le *præjudicium* puisse trouver place, il faut que les deux actions aient une influence réelle l'une sur l'autre, et pour cela qu'elles impliquent les mêmes élé-

ments. Dans le cas où l'esclave d'autrui a été tué par un tiers, il y avait aussi lieu à l'action de la loi Aquilia, fondée, indépendamment de toute idée d'injure, sur le dommage causé au maître par la mort de l'esclave. Il y a donc ici encore un crime et un délit étroitement liés ensemble, et on pourrait croire que l'action *legis Aquiliae*, comme l'action *injuriarum*, préjuge l'action criminelle. Il n'en est rien, et c'est ce que remarque Ulpien dans la loi 7, § 1, de *Injuriis*. C'est que le délit de la loi Aquilia ne suppose pas les mêmes éléments constitutifs que le crime prévu par la loi Cornelia. Tandis que cette dernière loi veut qu'il y ait à la fois l'intention et le fait matériel, le délit de la loi Aquilia ne suppose pas l'intention de nuire, mais seulement le fait matériel accompagné d'une simple faute. Le maître dont l'esclave a été tué peut donc agir par l'action *legis Aquiliae* sans craindre d'être repoussé par un *præjudicium*.

C. — Nous trouvons aussi des *præjudicia* qui n'interviennent que pour protéger un intérêt purement privé. Cet intérêt d'ailleurs peut être moral ou pécuniaire. Il sera moral, par exemple, s'il s'agit de ne pas préjuger une question d'état. Il était en effet de principe qu'un procès pécuniaire ne devait pas être résolu de manière à préjudicier à une question d'état, par exemple à une question d'ingénuité ou de liberté. (L. 4, § 1, D., *ne de Stat. def.*, XL, 15. — L. 24, § 4, D., *de Lib. causa*, XL, 12. — L. 6, D., *si Ing.*, XL, 14.) Ordinairement en pareil cas le magistrat refusait l'action. S'il délivrait une formule, il y insérerait une réserve au moyen d'une *præscriptio*.

Bien plus fréquemment le *præjudicium* était inséré dans la formule à propos de deux questions qui n'engageaient qu'un intérêt pécuniaire. Souvent en effet de ces deux questions l'une est plus générale, plus compréhensive, de telle sorte que l'autre question (*causa minor*) y

sera comprise comme la partie dans le tout, — ou bien de ces deux questions l'une est le principe, l'autre la conséquence.

Lorsque la *quæstio minor* sera portée en justice, le défendeur fera insérer dans la formule une *præscriptio*, afin que la décision intervenue ne préjuge pas la question plus importante. Nous trouvons dans les textes des exemples bien caractéristiques de cette classe de *præjudicia*, qui devaient être les plus usités dans la pratique. Gaius, (C. IV, § 133) cite le cas suivant. Quelqu'un revendique des objets particuliers qui dépendent d'une hérédité, et il s'appuie sur ce qu'il est héritier. Le défendeur lui conteste cette qualité. Cette action relative à des *res singulæ* n'est qu'une partie d'une question plus générale, celle de savoir à qui appartient l'hérédité. La décision sur cette question particulière préjugerait donc la question d'hérédité. Un tel résultat serait inique, nous dit Gaius : *esset enim iniquum, per unius rei petitionem majori quæstioni de ipsa hereditate præjudicari*. Pour l'éviter, le défendeur faisait insérer une *præscriptio* ainsi conçue : *Ea res agatur, si in ea re præjudicium hereditate non fiat*.

On trouve encore des exemples de ces *præjudicia* dans les questions de propriété. Nous avons déjà cité la loi 16, D., de *Exc.*, l. XLIV, t. I. Vous possédez le fonds Titien, dont la propriété est litigieuse entre vous et moi. J'intente une action contre vous pour réclamer une servitude de passage que je prétends appartenir au fonds Titien sur un autre fonds, le fonds Sempronien, dont vous êtes propriétaire. Cette action préjuge la question de propriété du fonds Titien, et vous me repousserez par la *præscriptio* suivante : *Ea res agatur, quod præjudicium prædio non fiat*. Ce *præjudicium* est fondé sur ce que la question que je pose aujourd'hui relativement à la servitude est la

conséquence d'une autre question non encore tranchée, celle de la propriété du fonds dominant.

Un cas analogue est prévu par la loi 18, D., *de Exc.*, l. XLIV, t. I. Africain dans ce texte suppose que vous possédez un fonds dont je prétends être propriétaire, au moins pour partie. Si avant que la question de propriété soit tranchée, j'intente l'action en partage (*communi dividundo*) ou bien si je demande les fruits du fonds, je préjuge la question de propriété, et il y a lieu d'accorder au défendeur la *præscriptio* : *Quod præjudicium fundo partive ejus non fiat.*

§ 3. — Effets du *Præjudicium*.

Lorsque le défendeur, comparaisant *in jure*, invoquait en sa faveur un *præjudicium*, que devait faire le magistrat ? — Il pouvait, si cette prétention lui apparaissait clairement n'avoir aucun fondement, ne pas se rendre au désir du défendeur, et délivrer une formule d'action pure et simple. Il pouvait aussi, s'il voyait à l'action un inconvénient manifeste, refuser provisoirement l'action au demandeur. (L. 7, § 1, D., *de Injur.*, XLVII, 10.) Mais la plupart du temps il y avait quelque doute, et alors le prêteur délivrait la formule, mais au moyen d'une *præscriptio* il avertissait le juge que la question qui lui était soumise ne devait pas préjuger une question plus importante ; il pouvait même d'office donner cet avertissement au juge par des motifs d'ordre public.

Le *præjudicium* une fois inséré dans la formule, quels effets va-t-il produire ? Nous avons déjà répondu à cette question en traitant la théorie générale des *præscriptiones a parte rei*. Il faut rappeler ici les solutions données et fournir quelques explications nouvelles.

Avant la transformation des *præscriptiones* en excep-

tions, les *præjudicia* produisaient le même effet que les autres *præscriptiones*, c'est-à-dire qu'une fois reconnus ils arrêtaient le procès et dessaisissaient le juge, qui n'avait ni à absoudre, ni à condamner le défendeur. Cette décision, qui résulte pour les *præscriptiones* en général d'un passage de Quintilien que nous avons cité, est donnée en particulier pour les *præjudicia* par la loi 16, D., *de Exc.*, l. XLIV, t. I, que nous avons commentée. Du reste Bonjean lui-même, qui réfute longuement les arguments tirés des textes, admet cette conclusion comme une *conjecture vraisemblable*¹. Il soustrait cependant à la règle générale les cas où il ne dépendrait pas du demandeur d'intenter l'action principale, car alors il serait injuste de paralyser indéfiniment l'exercice d'un droit légitime. Dans ces circonstances, selon Bonjean, le juge rendrait une sentence, en se bornant à *réserver* au défendeur son droit entier quant à la question principale. Nous ne voyons aucune difficulté à admettre cette restriction, et on lit en effet dans les textes que si le demandeur à la *causa minor* ne pouvait pas intenter l'action dans la *causa major*, la première poursuite suivait son cours. (L. 1, § 1, D., *Fam. exercisc.*, X, 2.)

Après que les *præscriptiones a parte rei* ont été transformées en exceptions, nous avons dit que les *præjudicia* ont conservé, sauf dans quelques cas très rares, leur ancien effet. Il eût été déraisonnable d'absoudre le défendeur, par cela seul qu'il ne fallait pas préjuger un procès futur. Il est beaucoup plus juste et plus pratique de suspendre simplement la décision du juge jusqu'à la solution de la question principale.

Mais quel était au juste le devoir du juge ? Devait-il se dessaisir, comme il faisait autrefois, et comme il conti-

¹ Bonjean, *Traité des Actions*, t. II, p. 340.

nuait de le faire, selon toute vraisemblance, quand il s'agissait d'une *præscriptio fori*, ou bien devait-il simplement prononcer un sursis ? — Il est probable que c'est cette dernière règle qu'il devait suivre, car il reste compétent, et il eût été bien inutile d'annuler toute la procédure déjà faite, et de recommencer tout le procès pour saisir un nouveau *judex*, quand on en avait un déjà saisi de l'affaire.

§ 4. — Du *Præjudicium de hereditate*.

Le *præjudicium de hereditate*, dont nous avons parlé déjà à plusieurs reprises, et dont nous avons trouvé un exemple dans le § 133 de Gaius, exige, à raison de son importance, quelques développements particuliers.

Il était très usité dans la pratique. Il a lieu en effet toutes les fois qu'une action est intentée et suppose résolue une pétition d'hérédité. Telle était l'importance donnée à la *petitio hereditatis*, qu'elle tenait en suspens toutes les autres actions : *eorum judiciorum, quæ de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium ejus fieri debeat*. (L. 5, § 2, D., de *Her. pet.*, V, 3.)

A. — Quel est le fondement de ce *præjudicium* ? D'après une constitution de Justinien (L. 12, pr., C., de *Pet. her.*, III, 31), il aurait été établi par respect pour l'autorité du tribunal des Centumvirs : *magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi*. Bien que cette raison soit donnée par de bons auteurs¹, on peut douter que ce soit la véritable. En effet dès l'époque de Cicéron les questions d'hérédité n'étaient pas de la com-

¹ M. Étienne, *Institutes de Justinien*, t. I^{er}, addition, p. 581.

pétence exclusive des Centumvirs, et pouvaient, si les parties le préféraient, donner lieu à la délivrance d'une formule (*Actio secunda in Verr.*, I, 45) ; et cela fut maintenu sous l'Empire, sauf pour la *querela inofficiosi testamenti*. (Pline le Jeune, *Ep.*, V, 1.) D'autre part nous voyons souvent un *præjudicium* intervenir dans des cas qui n'ont rien de commun avec la majesté du tribunal des Centumvirs. Le véritable motif, c'est que la question d'hérédité est très compréhensive, et qu'un très grand nombre de questions dépendent de la solution qui lui sera donnée. Il importe donc de la trancher d'abord, et de ne pas permettre qu'elle soit décidée implicitement par la réponse donnée à des questions secondaires.

B. — Il faut indiquer maintenant les applications les plus fréquentes du *præjudicium de hereditate*.

a. Une des plus simples est celle fournie par Gaius (C. IV, § 133), dans le cas où un individu qui se dit héritier réclame à ce titre des *res singulæ*. Le défendeur opposera la *præscriptio* : *quod præjudicium hereditati non fiat*.

La loi 13, D., de *Exc.*, l. XLIV, t. I, prévoit exactement la même hypothèse que Gaius, et donne une décision qui semble au premier abord restreindre l'application du *præjudicium*. Voici ce que dit Julien dans ce texte : « *Si post litem contestatam res singulæ petantur : placet non obstare exceptionem, quod præjudicium hereditati non fiat ; futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatæ sunt.* » Ainsi d'après Julien si des choses particulières sont réclamées après que la *petitio hereditatis* est arrivée à la *litis contestatio*, le *præjudicium* n'est plus recevable, et il en donne la raison suivante : c'est que les exceptions ont été établies à propos d'un *judicium futurum*, et non à propos d'un *judicium factum*.

Il semblerait donc que le *præjudicium de hereditate* serait admis toutes les fois que la *petitio hereditatis* n'est pas intentée, mais qu'il ne le serait pas lorsqu'il y a *litis contestatio* sur la pétition d'hérédité. Or cette décision semble bizarre, car c'est surtout lorsque la *petitio hereditatis* est déjà pendante qu'il est utile d'empêcher que la question d'hérédité ne soit préjugée : le *præjudicium* a moins d'intérêt si cette question n'étant pas actuellement soulevée, il y a chance qu'elle ne le soit jamais. Et en effet on voit dans un texte que le *præjudicium* était admis avec plus de facilité dans le premier cas que dans le second. (L. 7, D., *de Her. pet.*, V, 3.)

Aussi a-t-on cherché à interpréter autrement le texte de Julien, et Cujas, notamment, s'attachant à la dernière phrase, l'explique en ce sens que le *præjudicium* ne sera pas reçu lorsqu'un jugement sera intervenu sur la question d'hérédité ; *judicium factum* signifie, d'après lui, non une instance liée, mais une instance terminée¹. On trouve en effet quelquefois cette expression employée dans ce sens. (L. 58, D., *de Rei vind.*, VI, 1.) Mais cette interprétation de Cujas, outre qu'elle est en contradiction avec le commencement du texte, a le tort de lui faire dire une naïveté. Il est beaucoup plus simple de prendre à la lettre la décision de Julien, et de dire avec M. Accarias², que ce que le jurisconsulte dit ici, il ne le dirait pas toujours. Dans l'hypothèse prévue par Gaius et par Julien, la demande portée en justice est une partie de la pétition d'hérédité. S'il y a eu *litis contestatio* sur la pétition d'hérédité, cette demande partielle a été déduite en justice, en même

¹ Cujas, *Commentaire sur le livre L du Dig. de Julien*.

² *Précis de Droit romain*, t. II, p. 1269, note 1. — Cette opinion a été enseignée aussi par M. Accarias dans son savant cours de Pandectes sur les exceptions (1880-1881), dans lequel nous avons puisé pour toute cette étude de précieux renseignements.

temps que la demande principale, et il n'y a pas lieu à notre *præjudicium*, mais à l'exception *rei in judicium deductæ*. Cette décision donnée pour un cas spécial ne doit donc pas être étendue. Si nous supposons qu'une question, subordonnée à la *petitio hereditatis*, mais sans y être comprise, est portée en justice, il y aura lieu à un *præjudicium*, sans distinguer si la pétition d'hérédité est intentée ou non.

b. On peut trouver dans les textes deux autres applications du *præjudicium de hereditate*. La première résulte de la loi 1, § 1, D., *Fam. ercisc.*, l. X, t. II. Gaius suppose dans ce texte que quelqu'un intente l'action *familiæ erciscundæ*, et il distingue suivant qu'il possède ou qu'il ne possède pas sa part. S'il ne possède pas sa part et que son adversaire, possesseur de l'hérédité, lui dénie la qualité d'héritier, l'action *familiæ erciscundæ* sera écartée par la *præscriptio* : *si in ea re, de qua agitur, præjudicium hereditati non fiat*. En effet si le demandeur triomphait dans cette action *familiæ erciscundæ*, le résultat serait pour lui le même que s'il avait triomphé dans la pétition d'hérédité, et il aurait pu ainsi éviter de porter en justice la question d'hérédité, en préjugéant cette question au moyen d'une action secondaire. Cela aurait été contraire aux principes, et on évitait ce résultat à l'aide du *præjudicium de hereditate*. Mais le texte suppose que le demandeur ne possédait pas sa part. Que si au contraire il la possédait, on ne pourrait plus le renvoyer à intenter la *petitio hereditatis*, car les actions réelles ne compètent jamais à ceux qui possèdent. L'action *familiæ erciscundæ* suivrait donc son cours, et ce serait au juge de cette action à examiner si le demandeur avait bien la copropriété.

c. Une autre application du *præjudicium de hereditate* nous est fournie par un passage d'Ulpien. (L. 25, § 17,

D., *de Her. pet.*, V, 3.) Le possesseur de bonne foi d'une hérédité a vendu des choses héréditaires. Tant que l'usucapion n'est pas accomplie, ces choses peuvent être revendiquées par l'héritier véritable. Mais l'acquéreur ne peut-il pas repousser l'action en revendication par le *præjudicium de hereditate* ? Il faut savoir que d'après le S.-C. Jouvientien le possesseur de bonne foi d'une hérédité ne pouvait jamais être appauvri par la restitution de l'hérédité. Or qu'arrivera-t-il dans le cas qui nous occupe ? L'acquéreur succombant dans l'action en revendication aura la plupart du temps un recours contre son vendeur, l'héritier apparent, et si celui-ci n'a pas tiré profit de la vente, il se trouvera appauvri par l'effet de ce recours, contrairement aux dispositions du S.-C. Jouvientien. Il aura ainsi une situation que ne lui aurait point faite la pétition d'hérédité intentée directement. Pour éviter ce résultat, l'acquéreur poursuivi opposera le *præjudicium* : *Quod præjudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit.*

d. Ces trois applications du *præjudicium de hereditate* ne sont pas les seules, ni même les plus fréquentes. Il devait se présenter souvent dans la pratique que des créanciers héréditaires, agissant pour se faire payer, se voyaient repousser par un *præjudicium*, parce que la succession était disputée entre deux prétendants. Ou bien en supposant un testament, et un héritier institué dont on conteste la qualité, les legs, les fidéicommiss, les affranchissements contenus dans ce testament restaient en suspens jusqu'à la fin du procès. Dans de telles hypothèses, le *præjudicium de hereditate* pouvait prêter à la fraude, et retarder indéfiniment soit le paiement des créanciers héréditaires, soit la reconnaissance des droits des légataires, des fidéicommissaires, des esclaves affranchis.

C. — Il y avait là des inconvénients réels que Justinien

s'efforça d'atténuer par une constitution qui forme la loi 12, C., *de Pet. her.*, l. III, t. XXXI. Analysons brièvement cette constitution.

Pour bien comprendre ses dispositions, il faut examiner successivement trois hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Il s'agit d'un légataire ou d'un fidéicommissaire, qui réclame les libéralités à lui faites dans un testament, et il y a contestation sur la qualité de l'héritier institué. Celui-ci peut choisir entre deux partis : ou bien il peut payer immédiatement le légataire, en exigeant de lui une caution, et il se fera restituer ce qu'il aura déboursé s'il succombe dans la pétition d'hérédité, avec les intérêts et les fruits du jour du paiement ; ou bien il peut laisser engager le procès entre lui et le légataire (*contestari litem*), mais il surseoira au paiement jusqu'à ce qu'il y ait sentence rendue sur la *petitio hereditatis* ; s'il est reconnu héritier, il paiera alors au légataire non seulement le capital de son legs, mais encore les intérêts échus depuis la *litis contestatio*.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Un créancier héréditaire veut se faire payer ce qui lui est dû à raison d'un contrat qu'il a passé avec le défunt, mais il se trouve en présence de deux prétendants qui se disent également héritiers. Cela ne suppose pas un testament. Le créancier a un droit certain, mais il ne sait pas contre qui. Faudra-t-il donc attendre l'issue de la *petitio hereditatis* ? Non. Le créancier s'adressera indifféremment soit au *possessor*, soit au *petitor hereditatis*. Supposons qu'il attaque le *possessor hereditatis*. Celui-ci paiera, et s'il triomphe dans la pétition d'hérédité, tout sera fini. Sinon, il déduira de la restitution qu'il doit faire à l'héritier tout ce qu'il aura déboursé. *TS* au contraire le créancier s'adresse au *petitor hereditatis*, de deux choses l'une : ou bien celui-ci triomphera dans la pétition d'hérédité, et alors il supportera définiti-

vement les paiements faits ; ou bien il succombera, et alors il se fera par le même jugement restituer ses déboursés, ou aura contre le possesseur absous une action *negotiorum gestorum* ou une *condictio ex lege*.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — Un testament sur lequel il y a contestation contient des affranchissements directs ou indirects. Ces affranchissements ne doivent pas être tenus en suspens pendant plus d'un an à partir de la mort du défunt. Si dans ce délai un jugement intervient sur la *petitio hereditatis*, les affranchissements produisent effet ou s'évanouissent suivant la décision de ce jugement. Si l'année s'écoule sans que la question d'hérédité soit tranchée, la liberté est dès lors irrévocablement acquise à tous les affranchis inscrits dans le testament. Justinien ne pose à cette règle générale qu'une exception : c'est le cas où il serait démontré que le testament est faux (*ita tamen, si non falsum testamentum approbetur*).

Comme on le voit, ces innovations de Justinien restreignent sensiblement l'utilité du *præjudicium de hereditate*, mais sans le supprimer entièrement.

DROIT FRANÇAIS

Du régime des biens entre époux au point de vue du Droit international privé.



INTRODUCTION

Les questions qui se rattachent au mariage ont toujours une gravité exceptionnelle, car, on l'a dit bien souvent, le mariage est la base de tout état social. Aussi tous les législateurs ont mis leurs soins à poser les règles de ce contrat fondamental, et tous les jurisconsultes ont employé leur science à les interpréter. « Pour qu'une République « soit bien organisée, a dit Platon, les principales lois « doivent être celles qui règlent le mariage ¹. »

Dans le mariage, à côté de l'union des personnes, il y a toujours plus ou moins l'union des intérêts, à côté des droits et des devoirs qui naissent de l'association conjugale, à côté de la famille qui en sort, il y a les biens des époux, qui servent à entretenir cette association, à élever et à établir cette famille. Si pauvres qu'ils soient, les époux apportent toujours quelque chose en ménage, quand ce ne serait que leurs outils et les produits de leur travail, et

¹ Platon, *de Legib.*, 4.

dans la suite, par leur industrie, ils peuvent augmenter beaucoup leur patrimoine, acquérir peut-être une fortune. Il est de la plus haute importance de régler l'administration, l'emploi, la conservation de ce patrimoine, car il s'agit là des intérêts les plus sérieux, du sort de la famille, de la prospérité du ménage, de l'éducation et de l'avenir des enfants. Aussi parallèlement aux règles du mariage, qui regardent les personnes, toutes les législations tracent les règles du contrat de mariage, qui regardent les biens : le régime des biens entre époux tient toujours une grande place dans les Codes des nations civilisées. Comme il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires, on laisse aux époux une assez grande liberté en cette matière, et on leur permet de régler eux-mêmes leurs conventions matrimoniales. A défaut de cette réglementation expresse, la loi pose elle-même les principes, et établit le régime matrimonial auquel seront soumis les biens des conjoints pendant le mariage.

En droit interne, les questions qui se rapportent au contrat de mariage et aux intérêts pécuniaires des époux donnent lieu à bien des difficultés, qui ont été souvent et longuement examinées par les auteurs. Les commentaires des différents Codes suffiraient pleinement, si les nations n'avaient pas de rapports entre elles. Mais l'homme est un être essentiellement sociable, qui non content de lier des rapports avec ses proches voisins, cherche souvent à sortir du territoire où Dieu l'a fait naître, et à étendre ses relations au dehors. Depuis longtemps les Français vont à l'étranger, y contractent mariage, y acquièrent des biens, de même que les étrangers viennent se marier et s'établir en France, et avec les progrès de la civilisation, avec la facilité de plus en plus grande des moyens de transport, les déplacements deviennent plus fréquents, et les rapports internationaux se multiplient. De plus en plus aussi on étudie le droit international privé, qui a pour but de régler

les conflits qui s'élèvent entre les diverses législations, relativement aux droits privés des individus.

On a souvent traité les questions de droit international que soulève le mariage, comme contrat créant des devoirs et des droits entre deux personnes. Il nous a paru intéressant d'étudier les conflits qui peuvent se produire entre les diverses lois étrangères relativement aux biens des époux, et de rechercher les règles qui doivent régir leur contrat de mariage, s'ils en ont stipulé un, ou, à défaut de contrat, le régime matrimonial auquel ils se trouvent soumis de plein droit. Il se peut que deux Français se marient en Angleterre, ou deux Anglais en France; un Anglais peut se marier en France, soit avec une Française, soit avec une étrangère, de même qu'un Français peut se marier en Angleterre avec une Anglaise ou avec une étrangère d'une autre nation; enfin deux époux peuvent aller s'établir après leur mariage dans un pays autre que leur pays d'origine. Dans tous ces cas, quelle loi réglera le contrat de mariage ou le suppléera? Si deux Français sont mariés et domiciliés à l'étranger, faudra-t-il pour l'organisation de leur régime matrimonial, avoir égard seulement à la nationalité des époux, ou bien tiendra-t-on compte de leur domicile? La question se complique quand les deux époux sont de nationalités différentes, ou ont un domicile différent. S'attachera-t-on uniquement à la nationalité ou au domicile du mari, chef de l'association conjugale, ou faudra-t-il se référer au domicile que les futurs conjoints se proposent de prendre après leur mariage? Telles sont les difficultés que nous aurons à résoudre.

On a dit avec raison que le droit international privé est de date récente ¹. Ce n'est pas que des relations entre individus de nations différentes n'aient pas existé de tout

¹ Laurent, *Droit civil international*, t. I, n° 9.

temps. Mais pendant longtemps des idées fausses ont obscurci la question, et ce n'est que depuis peu que l'on a essayé de poser des principes, et qu'on a érigé en science juridique, fondée sur la raison et le droit, les règles qui doivent présider aux rapports entre individus étrangers. On ne pouvait parler de conflits internationaux tant que les droits civils étaient refusés aux étrangers, tant que l'esprit étroit des législateurs leur faisait dans l'État une place inférieure et presque nulle. De là vint à Rome la distinction entre le *jus quiritium*, applicable aux seuls citoyens romains, et le *jus gentium*, applicable aussi aux pérégrins; de là vint au moyen âge le droit d'aubaine. De plus, alors même qu'on reconnut quelques droits aux étrangers, pendant longtemps une fausse notion de la souveraineté fit qu'on rapporta ce fait à une idée de tolérance, de courtoisie entre nations, d'utilité réciproque¹, et qui parle d'intérêt, de tolérance et de courtoisie ne parle pas de droit.

Mais si, à quelques exceptions près², les anciens auteurs n'ont pas bien compris ni bien traité les questions de droit qui s'élèvent entre individus appartenant à des nationalités différentes, un problème analogue s'est posé et a été longuement étudié à l'époque coutumière, alors que, en France notamment, le territoire était partagé en un grand nombre de provinces distinctes, soumises à des coutumes différentes. Un individu soumis à la coutume de Paris,

¹ Cette doctrine, qui fut celle de l'école hollandaise du xvii^e siècle, a été reprise dans le droit moderne. Elle est encore suivie en Angleterre, et elle a été enseignée en France par Fœlix, dans son traité du droit international privé. Mais aujourd'hui on tend de plus en plus à résoudre les conflits de législations par des idées de droit et de justice, qui sont les seules bases possibles du droit international privé.

² Voir notamment pour la question du régime matrimonial, Lebrun, *Traité de la Communauté*, l. I, ch. II, n^{os} 73 à 87.

par exemple, allait-il se marier dans le ressort de la coutume de Normandie, ou bien, marié à Paris, acquérait-il des biens en Normandie, on comprend qu'un conflit de législation devait nécessairement se produire. Quelle loi régira les biens des époux, celle du mari, ou celle de la femme, la coutume de Paris, ou la coutume de Normandie? Les biens situés en Normandie étaient-ils soumis au régime de la communauté, telle qu'elle était organisée par la coutume de Paris, ou bien au régime dotal qu'admettait la coutume de Normandie? Ces questions ont été longuement discutées par nos anciens auteurs, et ont donné lieu à des arrêts des Parlements.

Aujourd'hui, la Révolution de 1789 nous a donné l'unité de législation : la question ne se présente donc plus comme elle se présentait autrefois. Il ne s'agit plus de régler les conflits entre coutumes existant parallèlement sur le territoire d'un même État, mais de trancher le débat entre les lois différentes de deux États souverains. Le problème n'est donc plus tout-à-fait le même, mais il faut avouer qu'il a avec le problème ancien une telle analogie, qu'il est impossible au jurisconsulte, pour étudier le conflit actuel entre les lois étrangères, de laisser de côté le conflit ancien entre les coutumes. Il ne faut pas oublier en effet que dans le développement du droit la tradition tient toujours une grande place, et pour ce qui concerne en particulier notre Code civil, ce serait une grande faute d'en aborder l'étude sans se préoccuper des travaux des anciens jurisconsultes, qui ont servi de guides aux législateurs dans leur œuvre, et ont été pour ainsi dire les inspireurs de nos lois. Mais si cela est vrai en général, en notre matière la remarque a une importance bien plus grande encore : le Code civil n'a pas reproduit la théorie ancienne des statuts réels et des statuts personnels, qui autrefois servait de point de départ pour trancher toutes les ques-

tions relatives au conflit des lois. Mais si on ne trouve pas dans le Code la distinction expresse du statut réel et du statut personnel, on y voit posés quelques principes très généraux qui supposent la distinction. (Art. 3). Aussi il semble bien que les législateurs ont admis l'idée générale de l'ancienne théorie des statuts réels et personnels, mais ils n'ont fait que l'indiquer, en se référant pour les détails aux travaux de l'ancien droit. Dès lors, pour bien comprendre la pensée des législateurs modernes, il est essentiel de rechercher les solutions données par nos anciens auteurs, et de se pénétrer des idées qui les ont inspirées.

Aussi l'étude que nous voulons faire des conflits de lois en matière de régime matrimonial comprendra deux parties.

Dans la première, nous verrons les difficultés qui furent soulevées dans l'ancien droit français à propos de la nature réelle ou personnelle du statut de communauté, et d'une manière plus générale à propos des effets qu'un régime matrimonial admis par une coutume pouvait produire à l'égard de personnes étrangères à cette coutume, et sur des biens situés hors de son territoire.

Dans une deuxième partie, nous traiterons la même question au point de vue du droit international proprement dit. Nous étudierons les questions qui peuvent se produire aujourd'hui entre les législations des divers États relativement au régime des biens entre époux, soit en présence d'un contrat de mariage formel, soit en l'absence de contrat. Nous nous placerons surtout au point de vue du droit français, c'est-à-dire en supposant que des deux lois en conflit l'une est la loi française, et que le conflit se produit devant un tribunal français. Puis nous dirons un mot des législations étrangères et des auteurs qui ont écrit sous l'empire de ces législations.

PREMIÈRE PARTIE

De la nature et des effets du statut de communauté et des conventions matrimoniales dans l'ancien Droit français.

I. — *Théorie des statuts réels et personnels.*

Après l'invasion barbare, les lois eurent d'abord un caractère personnel : il y avait en France autant de législations différentes qu'il y avait de races distinctes, de sorte que les Romains obéissaient à la loi romaine, tandis que les Bourguignons suivaient la loi des Burgondes, et les Francs la loi franque.

Mais lorsque les races se fondirent, le droit changea de caractère, et sans cesser d'être multiple, de personnel il devint territorial. Cela tint au cantonnement des races germaniques sur des points distincts du territoire, mais surtout à l'établissement du régime féodal. Le roi conférant des terres aux seigneurs dont il voulait obtenir l'appui, leur conféra en même temps une partie de son pouvoir. Ce fut le morcellement du territoire en une multitude de petites souverainetés presque indépendantes, relevant bien du roi, mais constituant pour ainsi dire autant d'États distincts dans l'État. Chaque seigneur, en effet, avait au-dessus de lui un suzerain, mais dans les limites de sa seigneurie, il avait toute autorité et était seul maître ;

Beaumanoir nous dit que chaque baron était roi dans sa baronnie. On comprend les effets qu'un pareil système dut produire sur le droit. Chaque seigneur fait la loi dans l'étendue de son domaine, et tout ce qui s'y trouve lui est soumis : la souveraineté est ainsi essentiellement territoriale ; elle s'étend sur tous les biens situés dans le territoire, et s'exerce sur toutes les personnes qui l'habitent. Chaque baron, jaloux de son pouvoir, qui est en même temps une source de revenus, ne reconnaît d'autre loi que la coutume de sa baronnie, et l'applique à tous, naturels ou aubains. Par contre, l'autorité du souverain local doit cesser absolument à la frontière, et ne peut s'étendre ni aux objets situés hors de son domaine, ni à ses propres sujets lorsqu'ils sont sortis du territoire.

Cette extrême territorialité de la loi avait des inconvénients manifestes, et on s'en aperçut de bonne heure. Quand les petites souverainetés se fondirent et disparurent devant l'accroissement de plus en plus marqué du pouvoir royal, on garda du système féodal la diversité des coutumes, et le fractionnement du territoire au point de vue du droit. Mais en même temps on reconnut que le principe de la réalité des lois, poussé à l'extrême, conduirait à des conséquences absurdes. Dans telle coutume on était majeur à dix-huit ans, dans telle autre à vingt-cinq. Si on s'en tenait strictement à la réalité des coutumes, le même homme serait donc majeur dans une province et mineur dans l'autre, ici soumis à la puissance paternelle, là émancipé, aujourd'hui capable, demain incapable, selon que les hasards d'un voyage le conduiraient du ressort d'une coutume dans celui de la coutume voisine. Cela parut inadmissible, et de là naquit la théorie des statuts réels et personnels.

Parmi les lois, dit-on, il faut faire une distinction : les unes s'appliquent partout au même individu, en quelque

lieu qu'il soit, les autres n'ont de force que dans les limites du territoire. Les premières forment ce qu'on appela le statut personnel, les secondes le statut réel¹. Pour les distinguer, il était difficile de poser un principe bien net. L'idée générale était que le statut était personnel quand il regardait la personne, et réel quand il regardait les biens. Ainsi la loi qui réglait la capacité des personnes, était manifestement un statut personnel, tandis que celle qui fixait les modes de transmission des biens était au contraire un statut réel. Mais il y avait plus de difficultés dans les matières compliquées de personnalité et de réalité, quand la loi concernait à la fois les personnes et les biens, et qu'il s'agissait de déterminer les droits d'une personne sur un bien situé dans une coutume autre que celle de son domicile. Au XVIII^e siècle, le chancelier d'Aguesseau formulait ainsi la distinction : « Le véritable principe dans
« cette matière, est qu'il faut distinguer si le statut a
« directement des biens pour objet, ou leur affectation à
« certaines personnes, et leur conservation dans les
« familles, en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la per-
« sonne dont on examine les droits ou les dispositions,
« mais l'intérêt d'un autre dont il s'agit d'assurer la pro-
« priété ou les droits réels, qui ait donné lieu de faire la
« loi ; ou si au contraire, toute l'attention de la loi s'est
« portée vers la personne pour décider, en général, de son
« habileté ou de sa capacité générale et absolue, comme
« lorsqu'il s'agit des qualités de majeur ou de mineur, de
« père ou de fils légitime ou illégitime, d'habile ou inha-
« bile à contracter par des causes personnelles. Dans le

¹ Cette distinction entre les lois réelles et personnelles avait été posée d'abord en Italie par les glossateurs, ou commentateurs du Digeste, à propos des lois locales ou *statuts* qui régissaient parallèlement au droit romain les cités ou républiques italiennes. De là vint l'expression de *statuts réels ou personnels*.

« premier cas, le statut est réel ; dans le second, il est « personnel ¹. »

Cette distinction des statuts réels et personnels présente une si grande évidence, qu'elle fut admise même par les partisans les plus acharnés de la réalité des coutumes. Mais jusqu'où allait l'étendue du statut personnel, et à quelles matières fallait-il l'appliquer ? Là était la grande difficulté : les uns tendaient à l'étendre, les autres à le restreindre. Les controverses qui s'élevaient sur la réalité et la personnalité des statuts étaient fort compliquées, et Voet les déclare presque insolubles ². « Il n'y a pas, dit « de son côté le président Bouhier, de questions plus intri- « guées et plus épineuses ³. »

Beaucoup d'auteurs admettaient à côté du statut réel et du statut personnel, un statut mixte, mais ils ne s'entendaient pas lorsqu'il s'agissait d'en donner la définition. Selon les uns, il comprend les lois régissant la forme extérieure des actes ; il est alors soumis à la règle *locus regit actum* ; selon les autres, il renferme les matières mixtes de personnalité et de réalité, et alors, si on va au fond des choses, on arrive à rejeter cette troisième catégorie, et à appliquer tantôt les principes du statut réel, tantôt ceux du statut personnel, selon le caractère qui domine dans le prétendu statut mixte ⁴.

Quelle que soit la valeur de cette distinction entre le statut réel et le statut personnel, et quelle qu'en soit l'étendue, c'est le principe fondamental qui domine chez nos anciens auteurs toutes les discussions relatives aux conflits des lois. Et telle est la force des traditions, que longtemps

¹ D'Aguesseau, 54^e *Plaidoyer*. (Œuvres, t. IV, p. 660.)

² Voet, *ad. Pand.*, lib. I, t. IV, pars 2, n^o 15.

³ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxiii. (Œuvres, t. I, p. 654.)

⁴ V. Aubry et Rau, t. I, § 31, note 8.

après l'abolition de la féodalité, on pose encore en principe que les coutumes sont réelles, c'est-à-dire souveraines sur leur territoire, et c'est par exception à cette règle qu'on admet des lois personnelles. Déjà Guy Coquille, au xvi^e siècle, se moquait de cette « règle brocardique qui est communément au cerveau des praticiens. » Cette idée était encore plus enracinée dans les provinces belges, et Stockmans laissait échapper cette boutade contre l'entêtement des jurisconsultes flamands : « Il serait plus aisé « d'enlever à Hercule sa massue, que de les faire départir « de la règle que toutes les coutumes sont réelles ¹. » Cette règle de la réalité des coutumes resta toujours le principe, mais elle perdit avec le temps son caractère absolu. Elle était battue en brèche par la majorité des auteurs, par le Parlement de Paris, et de jour en jour l'idée de la personnalité des lois gagnait du terrain. Au xviii^e siècle, le système qui admettait, à côté des lois réelles souveraines sur leur territoire, des lois personnelles applicables partout, avait définitivement triomphé. Seulement quelle était l'étendue de son empire ? De longues controverses s'étaient produites sur ce point.

Parmi les questions que souleva le conflit des lois réelles et personnelles, et qui furent le plus vivement discutées par les auteurs, l'une des plus importantes fut certainement celle de savoir quelle était la nature et l'étendue d'application du statut de communauté, ou d'une façon plus générale, quel était l'effet d'un régime matrimonial admis et réglé par une coutume sur les biens situés sous l'empire d'une autre coutume. C'est de cette question particulière, et des controverses auxquelles elle donna lieu, que nous devons nous occuper.

¹ Stockmans, *Decisiones*, n° 1. (Bouhier, ch xxiii, n° 44.)

II. — *Quelle était la nature du statut de communauté ?*

Le régime de communauté, — et la même question se pose à propos de tout autre régime matrimonial, — est-il seulement applicable dans les limites de la coutume qui l'admet, ou étend-il ses effets en dehors ? Les conventions matrimoniales rentrent-elles dans le statut personnel ou dans le statut réel ? C'était là une question très controversée, et fameuse entre toutes ¹. Elle donna lieu à un débat célèbre entre Dumoulin et d'Argentré.

Il arrivait assez souvent que deux conjoints, mariés par exemple à Paris et sous le régime de la communauté, acquéraient des biens à Lyon, en pays de droit écrit, ou dans la province de Normandie, dont la coutume différait profondément de la coutume de Paris. Il pouvait se faire aussi qu'un Parisien épousât une Lyonnaise à Lyon ou une Normande à Rouen, et cela soit pour revenir habiter à Paris, soit pour rester à Lyon ou en Normandie. Dans ces cas, et autres semblables, quelle loi devrait régir les biens des époux ?

La réponse n'offrait pas de difficulté si les époux en se mariant avaient fait un contrat de mariage pour organiser leur régime matrimonial. On suivait alors leur volonté. « La liberté publique, dit Bouhier, et la faveur des mariages, ont autorisé l'usage de se soumettre en se mariant à telle coutume qu'on le juge à propos, quoique ce ne soit pas celle du domicile des contractants, ou du moins de l'un d'eux ². » Le contrat de mariage, tel qu'il

¹ Van der Muelen, conseiller à la Cour du Brabant hollandais, publia en 1698, à propos d'un arrêt de cette Cour sur la question, une dissertation intitulée : *Decisio brabantina super famosissima questione*.

² Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxi, n° 15.

a été stipulé, s'applique donc même sur des biens situés hors du territoire de la coutume sous l'empire de laquelle il a été fait. Si par exemple des époux domiciliés à Paris ont stipulé le régime de la communauté, les immeubles qu'ils acquerront même hors de la coutume de Paris, par exemple dans le Lyonnais, seront communs. Ce principe avait été admis par tous, même par les partisans les plus décidés de la réalité des coutumes¹. Comment en effet admettre une différence entre un contrat de société ordinaire et la communauté stipulée entre époux ? Dans les deux cas on est en présence d'un contrat et on n'a jamais admis qu'un contrat fût renfermé dans le territoire d'une coutume. On suivra donc la volonté des parties, et on l'appliquera à tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils soient situés. Autrement le mari serait libre de composer la communauté à son gré, contrairement au contrat. On admettait cela, même si la coutume de la situation des biens était prohibitive. Ainsi la coutume de Normandie prohibait la communauté : malgré cela, en présence d'un contrat formel, d'Argentré lui-même reconnaissait que la communauté stipulée à Paris comprenait les biens de Normandie. Autrement dit, on s'entendait pour décider que les conventions matrimoniales expresses appartenaient au statut personnel.

Mais en l'absence d'un contrat de mariage, que fallait-il décider ? C'est là que le désaccord se produisit, et il dura fort longtemps. A défaut d'un contrat formel, c'est la coutume elle-même qui décide sous quel régime seront mariés les époux. Or ici l'ancienne idée de la réalité des coutumes, toujours vivace, se présentait et arrêtait certains auteurs : les coutumes sont réelles, donc elles sont souve-

¹ D'Argentré, *Commentaire de la Coutume de Bretagne*, sur l'art. 218, gl. 6, § 33, n^{os} 14, 27.

raines sur tout leur territoire, et ne peuvent avoir aucune force en dehors. De là toute la difficulté.

La question fut posée à Dumoulin en 1525, à propos d'un procès particulier, de savoir si la communauté de meubles et acquêts, organisée par l'art. 110 de l'ancienne coutume de Paris, et applicable à des Parisiens à défaut de contrat, devait avoir effet sur des biens situés hors de la coutume de Paris, par exemple sur des biens acquis par l'un des époux en pays de droit écrit. Dumoulin examina la question dans plusieurs passages de ses œuvres, et notamment dans son Conseil 53 (Œuvres, t. II, p. 964). Il y répondait affirmativement, et voici comment il raisonnait.

Il ne niait point en principe que les coutumes soient réelles ¹ : c'était le principe universellement admis au xvi^e siècle. Mais quand deux époux se trouvent mariés, en l'absence d'un contrat formel, sous le régime de communauté, ce n'est pas par l'effet direct et immédiat de la loi (*non vi ipsius consuetudinis immediate et in se*), mais par l'effet d'une convention tacite. Les époux auraient pu faire un contrat de mariage, ils ne l'ont pas fait : c'est qu'ils adoptent tacitement la communauté réglée par la coutume de Paris. Or tout contrat, qu'il soit exprès ou tacite, produit son effet partout, et s'étend à tous les biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Donc la communauté coutumière établie par l'art. 110 de la coutume de Paris, venant d'une convention tacite, produira son effet sur tous les biens des époux, même sur ceux de ces biens qui sont situés en pays de droit écrit ². Et si on objecte que ce

¹ Dans ses apostilles sur les conseils d'Alexandre, Dumoulin pose en effet cette maxime générale : « *Teneas indistincte, quod statuta, vel consuetudines, tanquam reales, non extenduntur ultra sua territoria.* »

² On dit d'ordinaire que Dumoulin est le fondateur de cette doctrine, fondant la communauté coutumière sur une convention tacite des époux. (Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxiii,

n'est pas la volonté des parties, puisqu'elles ont gardé le silence, mais la coutume elle-même qui a établi dans ce cas la communauté, et que cette coutume ne peut avoir d'effet en dehors des limites de son territoire, Dumoulin répond que cela serait vrai si c'était de la coutume toute seule que procédait la communauté : mais elle ne fait que constater la volonté des parties, qui en se mariant sans contrat au lieu de leur domicile, entendent former entre eux cette société de biens, conforme à la nature du mariage et aux mœurs traditionnelles de leur patrie.

D'Argentré, l'illustre commentateur de la coutume de Bretagne, combattit vivement cette doctrine de Dumoulin. Partisan résolu de la réalité des coutumes, il fut le plus rude adversaire de Dumoulin pour toute la théorie des statuts, et pour notre question en particulier. « Argentré « entra ensuite dans cette carrière avec grand appareil, nous « dit le président Bouhier, mais aussi avec une démangeai- « son trop marquée de contredire les sentiments de Dumou- « lin ¹. » D'après lui la convention tacite est une chimère, et il ne craint pas de dire que le système de Dumoulin, voyant une convention et un pacte dans une simple disposition de la loi, en dehors de toute convention expresse, n'a aucun fondement (*rationem non habet*) ². Il y a une grande différence entre l'obligation qui tire toute sa force de la coutume, et celle qui vient du fait et de la volonté des parties. L'obligation qui vient de la coutume, ne peut avoir plus de force que cette coutume, et la coutume n'a d'effet que dans les limites du territoire (*legales obligatio-*

n° 72 ; ch. xxvi, n° 3.) Mais il faut remarquer que plusieurs glossateurs avaient déjà soutenu que le statut de communauté était personnel, comme venant d'un acte de la volonté. (Laurent, *Droit civil international*, t. I, n° 237.)

¹ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxiii, n° 3.

² D'Argentré, *Commentaires sur la Coutume de Bretagne*, art. 248, glose 6, n° 33.

nes non amplius virium habent, quam quantum a lege accipiunt, lex non amplius quam a legislatore, legislator non plus quam quantum territorii habet). Tandis que la convention n'a pas de limites, et suit partout la personne, l'obligation qui vient de la coutume n'a de force que dans le territoire de cette coutume. Si donc la communauté conventionnelle, venant de la volonté des parties, est personnelle, la communauté coutumière, établie par la loi à défaut de convention, est purement réelle, et comme la coutume d'où elle émane, elle ne peut avoir effet hors du territoire. Qu'on ne dise pas que ce sont les parties elles-mêmes, qui en s'en référant à la coutume, stipulent tacitement la communauté. C'est abuser des mots que de faire ainsi parler les parties là où elles ont gardé le silence. Dès lors qu'elles n'ont pas fait de contrat, c'est la coutume, et la coutume toute seule, qui établit la communauté, et cela est si vrai que cette communauté s'applique même aux mineurs, incapables de volonté. La communauté établie par l'art. 110 de la coutume de Paris est donc réelle comme est la coutume elle-même, et ne peut avoir effet sur des biens situés hors du territoire de cette coutume, par exemple en pays de droit écrit.

Dumoulin avait répondu par avance à ces objections. Il est vrai qu'à défaut de contrat, c'est la coutume qui établit la communauté, mais parmi les dispositions de la coutume, il faut bien distinguer celles qui sont personnelles et suivent partout la personne, de celles qui sont réelles, et ne s'appliquent que dans les limites du territoire. D'Argentré lui-même admettait cette distinction. Or la coutume qui décide que les conjoints sont communs pour les meubles et acquêts est personnelle, car elle concerne le fait d'une personne, une convention tacite intervenue entre les conjoints. S'ils n'ont rien dit, c'est qu'ils ont voulu s'en rapporter à la coutume pour le règlement de leurs

biens. C'est là qu'il faut toujours en revenir. La coutume supplée au contrat, non comme une loi d'intérêt public, mais comme une loi privée, conventionnelle pour ainsi dire, choisie et voulue par les parties. Elle n'est pas impérative, puisque les parties ont la liberté de disposer autrement ; elles ne l'ont pas voulu, c'est donc qu'elles ont entendu adopter les dispositions de la loi. Or s'il en est ainsi, on ne peut plus dire que nous sommes en présence d'une obligation légale, empruntant toute sa force à la coutume et devant être comme elle limitée au territoire où elle a autorité. Car, dit Bouhier, « lorsque la loi suppose une convention, elle lui suppose toute l'étendue qu'elle aurait par le droit commun, si elle était expressément stipulée. » La communauté coutumière n'est donc en somme qu'une convention tacite, et il faut lui appliquer les mêmes règles qu'à la communauté conventionnelle.

Quant à l'objection tirée de ce qu'elle s'applique même à des mineurs, incapables de consentement, on peut y répondre deux choses. D'abord, il est inexact de dire que le mineur soit incapable de consentement : il lui faut, pour s'obliger, des conditions spéciales, il a besoin de l'assistance de certaines personnes, mais avec ces conditions et avec cette assistance, le mineur peut s'obliger. Si donc un mineur se marie avec le consentement de son père, il est capable de s'obliger pour tout ce qui est une suite du mariage. De plus, quand même il serait en général incapable de s'obliger, le mineur peut le faire au moins dans le cas où la loi autorise l'obligation et en règle les effets, comme cela a lieu pour la communauté. D'ailleurs, remarquons que quand même la doctrine de Dumoulin se trouverait en défaut pour ce qui regarde les mineurs, cela ne prouverait pas qu'elle le fût pour les personnes capables de consentement. Pour elles du moins, la communauté coutumière

vient d'une convention tacite, et par suite appartient au statut personnel.

De ce que la communauté établie par la coutume est en réalité une convention tacite, on conclut facilement que comme une convention formelle, elle s'étend hors du territoire de la coutume, et s'applique à tous les biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Cette solution cadre bien avec la nature de la communauté, et avec les nécessités de la pratique. La communauté est en effet une société de biens entre époux¹, établie par la coutume de Paris comme accessoire naturel de la société de personnes que forme le mariage. Cela étant, il est naturel que le régime des biens entre époux soit le même partout, et que les époux, communs à Paris, le soient également à Lyon ou en Normandie. Il y a plus : le système contraire permettrait des fraudes. Avec la doctrine de la réalité du statut matrimonial, on arriverait à ceci : le mari, administrateur de la communauté, pourrait à son gré en modifier la nature, et à son choix faire tomber les acquêts dans la communauté ou les en exclure, suivant qu'il acquerrait des biens en pays de communauté, ou en pays de droit écrit.

La doctrine de Dumoulin, combattue par les partisans à outrance de la réalité, fut admise au contraire avec enthousiasme par les auteurs qui reconnaissaient une grande place à la personnalité des lois, et c'était l'opinion qui tendait à prévaloir. Les arguments sont toujours les

¹ D'Argentré n'admettait pas cette assimilation de la communauté à une société, à cause des pouvoirs exorbitants du mari sur les biens communs, et des droits restreints de la femme, qui ne commencent qu'à la dissolution de la communauté. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin lui-même, en parlant de la femme mariée : *Non est socia, sed sperat socia fore*. Mais si la communauté est une société inégale, donnant au mari administrateur des pouvoirs excédant le droit commun, il n'en est pas moins vrai de dire qu'en raison la communauté est une société, car elle comprend un fonds commun, qui doit être partagé entre les associés, et c'est ce qui finit par prévaloir.

mêmes. Déjà Bacquet, à la fin du xvi^e siècle, décide sans difficulté que si un homme de Lyon se marie avec une femme de Paris sans contrat de mariage, ou sans que le contrat de mariage stipule la communauté, il n'y a entre eux aucune communauté, même pour les biens situés à Paris, car on doit suivre la coutume du pays du mari, où est établi le domicile matrimonial, « estant certain, dit-il, « que la coutume stipule et contracte toujours pour les « parties, suivant laquelle elles sont toujours présumées « contracter, quand elles n'ont fait aucun contrat dérogeant « à icelle ¹. »

Presque tous les auteurs du xvii^e siècle, notamment Renusson ², Ricard ³ et Lebrun ⁴, reproduisent les idées de Dumoulin, et reconnaissent que les règles qui établissent le régime des biens entre époux viennent d'une convention tacite, qu'elles forment un statut personnel, et sont par conséquent applicables partout. « La communauté se forme, dit Lebrun, ou par une convention expresse, ou par un consentement tacite. » C'est exactement le principe de Dumoulin, « Il faut distinguer, dit-il encore, entre les « statuts personnels, ceux où la loi dispose de son chef, « comme quand elle règle la majorité à un certain âge, « d'avec ceux où elle dispose en conséquence de la volonté « présumée de l'homme, comme quand elle règle la communauté de biens. » Ainsi la communauté coutumière « vient d'une convention tacite, et c'est pour cela qu'elle « étend ses effets même sur des biens situés en pays de « non communauté. »

¹ Bacquet, *Des Droits de justice*, ch. xxi, n^o 74. — *Diverses questions*, ch. xi.

² Renusson, *Traité de la Communauté*, 1^{re} partie, ch. iv, nos 34 à 38, 51 à 54.

³ Ricard, *Sur l'art. 145 de la Coutume de Senlis*.

⁴ Lebrun, *Traité de la Communauté*, l. I, ch. ii.

Cette théorie tendait de plus en plus à prévaloir dans la doctrine et la jurisprudence. Elle semble définitivement adoptée au XVIII^e siècle. On rencontre bien encore dans les auteurs quelques traces de l'opinion d'Argentré et quelques résistances qui tiennent à un respect exagéré pour l'autorité des coutumes. « L'intention des parties, dit Froland, « n'est point en pareil cas ce qui doit fixer la résolution « du magistrat, la seule chose qui lui tombe en charge « d'examiner est leur pouvoir, c'est-à-dire s'il leur a été « permis de faire des stipulations telles qu'il leur a plu « par rapport à leurs intérêts, et capables de renverser les « sacrées dispositions de nos coutumes ¹. » Partant de là, on comprend que Froland ait peine à accorder que la communauté puisse s'appliquer à des biens situés dans le ressort d'une coutume qui ne l'admet pas, que cette communauté soit conventionnelle ou légale. Particulièrement en cas de silence des parties, c'est la coutume qui supplée à leur volonté : or la coutume est réelle, donc le statut de communauté doit l'être également. Froland penchait vers cette conclusion, mais n'osant heurter de front l'opinion communément admise par les auteurs et par la jurisprudence, il se borne à dire que la question présente beaucoup d'incertitudes.

Bouhier, au contraire, adopte sans réserve le principe et les conclusions de Dumoulin. Il va même plus loin que lui et il ne craint pas de s'élever contre l'ancien préjugé que toutes les coutumes sont réelles. Dumoulin partait du principe que la coutume par elle-même est réelle et n'a d'effet que sur son territoire. Bouhier, lui, n'est pas loin d'admettre que la personnalité est la règle, et la réalité l'exception. Il pose notamment en principe que tout statut qui est fondé sur une convention tacite et présumée des

¹ Froland, *Mémoires sur les Statuts*, p. 196.

contractants, est personnel ¹. Telle est la disposition établissant la communauté légale de biens meubles et conquêts, qui n'intervient que pour suppléer les clauses ordinaires des contrats de mariage. Cette disposition s'étend donc à tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils soient situés.

M. de Lamoignon, dans ses arrêtés, avait même voulu faire de ce principe une règle générale du royaume, par cette décision : « Quand il y a communauté de biens entre le mari et la femme, y entreront les acquisitions faites dans les lieux où la communauté n'est reçue ². »

Boullenois, qui traita longuement la question dans son grand ouvrage sur la personnalité et la réalité des lois, arrivait au même résultat par une autre voie. Il regardait l'opinion de Dumoulin, voyant dans la communauté coutumière une convention tacite, comme très-ingénieuse et présentant un grand fond de vérité, mais il lui semble plus simple de partir d'un autre point de vue. Selon lui, quand la coutume dispose que deux conjoints seront communs en biens, ou bien au contraire qu'il n'y aura entre eux aucune communauté, elle veut régler l'état et la condition des conjoints; le régime des biens entre époux a des liens si étroits avec le mariage, qu'il fait partie de l'état des personnes. Or la loi qui règle l'état et la condition des personnes est essentiellement personnelle, et suit la personne en quelque lieu qu'elle soit : il en sera de même du régime matrimonial, qui s'appliquera à tous les biens des époux, quel que soit le pays où ils sont situés. Ainsi deux époux mariés sous l'empire de la coutume de Paris sont mariés sous le régime de la communauté (art. 220 de la coutume de Paris). C'est leur état d'être communs, et

¹ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxiii, n° 69.

² Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxiii, et ch. xxvi, n° 20.

ils le seront partout. S'ils acquièrent des biens en Normandie, ces biens tomberont donc en communauté¹. Cette doctrine avait un avantage, c'était de rendre sans difficulté la communauté applicable même dans une coutume prohibitive, car l'état des personnes les suit partout; mais d'un autre côté elle aurait à répondre à une objection très-grave, savoir que le régime matrimonial peut être établi ou modifié par les époux par convention expresse, tandis que l'état des personnes ne peut être fixé ni modifié par aucune convention. Boullenois y échappait en disant qu'il y a des questions d'état qui intéressent l'ordre public et auxquelles on ne peut déroger, comme ce qui concerne la majorité ou la minorité, mais qu'il y en a d'autres qui n'intéressent que des particuliers, et qui ne sont réglées par la loi qu'à défaut de contrat : tel serait l'état de commun.

On s'en tenait plus généralement au principe de Dumoulin, et on disait que le régime des biens entre époux est de statut personnel, comme venant d'une convention tacite. C'était la doctrine traditionnelle. Pothier la résume et constate le triomphe de la personnalité du statut de communauté. Il y a deux espèces de communauté : la communauté conventionnelle et la communauté légale ou coutumière. Quoique cette dernière soit appelée légale, ce n'est pas la loi qui en est la cause immédiate. La cause immédiate qui produit et établit cette communauté, c'est une convention virtuelle et implicite, par laquelle les parties qui ont gardé le silence sur leurs conventions matrimoniales sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu d'après la coutume du lieu de leur domicile. « La loi même, lorsqu'elle dit : *homme et femme sont uns et communs en tous biens meubles, etc.*,

¹ Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, tit. II, ch. v, obs. 29, p. 737.

« ne renferme pas un précepte; elle n'ordonne pas à
« l'homme et à la femme qui se marient d'être *uns et*
« *communs, etc.*, puisqu'il leur est très permis de con-
« venir du contraire; elle déclare seulement que l'usage
« est qu'ils sont censés être convenus d'être *uns et com-*
« *muns en tous meubles, etc.*, lorsqu'ils ne se sont pas
« expliqués avant leur mariage. » En conséquence, quand
des personnes domiciliées sous la coutume de Paris se sont
mariées sans contrat, la communauté qui existera entre
eux comprendra tous les héritages qu'elles acquerront même
dans les coutumes de noncommunauté, et cela non en vertu
de la coutume de Paris, qui n'a pas d'empire sur des im-
meubles situés hors de son territoire, mais en vertu de la
convention tacite qui est intervenue entre les parties ¹.

Depuis longtemps la jurisprudence des Cours et des
Parlements avait consacré cette doctrine. Boullenois cite
deux anciens arrêts du Parlement de Paris, dont l'un du
mois de février 1549, décide que, si deux conjoints sont
communs en biens, leur communauté s'étendra même à
des acquêts faits hors pays coutumier; à l'inverse, d'après
un autre arrêt, rendu au rapport de M. de l'Hôpital,
depuis chancelier de France, tel acquêt fait en pays cou-
tumier ne sera pas commun, si les époux sont domiciliés
en pays de droit écrit ². Le Parlement de Paris s'était déjà
prononcé en 1527 pour la personnalité du statut de com-
munauté dans l'affaire de la veuve du chancelier de
Gannev, à propos de laquelle Dumoulin avait discuté la
question ³. Dans l'édition de Bacquet de 1744, on rapporte
longuement l'espèce d'un procès qui se présenta en 1616

¹ Pothier, *Traité de la Communauté*, article préliminaire, nos 8 à 13.
— *Coutume d'Orléans*, introduction au titre X, nos 2 et 3.

² Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I,
p. 767.

³ Dumoulin, *Cons.* 53, n° 21. — Lebrun, *Traité de la Communauté*, l. 1,
ch. II, n° 9.

devant la Chambre du Trésor sur cette même question : Un homme domicilié à Rouen ayant acheté à Paris une boutique au Palais, puis l'ayant cédée pour partie, les héritiers de sa femme contestèrent cette cession et réclamèrent la moitié de cette boutique, comme étant un bien de communauté, conformément à l'article 220 de la coutume de Paris. La question était donc de savoir si un immeuble situé à Paris et appartenant à un homme marié en Normandie devait être régi, quant aux droits des époux, par la coutume de Paris qui établit la communauté entre mari et femme, ou bien par la coutume de Normandie, qui ne reconnaît pas cette communauté. Autrement dit, il s'agissait de savoir si le régime des biens entre époux rentre dans le statut personnel ou dans le statut réel. La Chambre du Trésor, par une sentence du 20 mars 1616, et le Parlement de Paris, par arrêt du 20 juillet 1617, décidèrent pour la personnalité en rejetant la demande¹. Au XVIII^e siècle, on pourrait citer plusieurs autres arrêts du Parlement de Paris rendus dans le même sens². Ainsi en France du moins, la doctrine et la jurisprudence s'étaient prononcées en faveur de la personnalité du statut de communauté.

Plusieurs fois, depuis le changement de législation, nos Cours et Tribunaux, ayant à appliquer les anciennes coutumes, ont également jugé que le régime matrimonial admis par une coutume était applicable même à des biens situés hors de son territoire. (Paris, 30 janvier 1838 et Cass. 29 juin 1842. Dalloz Alph., V. *Contrat de Mariage*, n° 201. — Cass. 25 janvier 1843, S. 1843, 1, 247. — Cass. 7 février, S. 1843, 1, 282.)

La même question et les mêmes difficultés se présen-

¹ Bacquet (Ed. de 1744), *Diverses questions*, ch. XI.

² V. Merlin, *Rép.*, V. *Communauté de biens*, § 1, III.

taient dans tous les pays où régnait la diversité des coutumes, notamment dans les provinces Belghiques. Là aussi la discussion fut vive, et les avis partagés. La jurisprudence dans ces pays restait obstinément attachée à la réalité des statuts, et beaucoup d'auteurs s'en tenaient au même principe. La Cour du Brabant hollandais s'étant notamment prononcée pour la réalité du statut de communauté, dans un arrêt célèbre du 3 novembre 1693, un légiste belge, Stockmans, critiqua en termes très vifs cette décision. Un membre de la Cour, Vander Muelen, entreprit de la justifier dans un écrit qu'il intitula : *Decisio brabantina super famosissima questione*. Il ne fit guère que reproduire la thèse et les arguments de d'Argentré. Un autre jurisconsulte belge, Jean Voet, commença par enseigner aussi que le statut de communauté est réel. C'était un réaliste à outrance, et il n'admettait même pas qu'il y eût un statut personnel, applicable partout, sauf à en faire une question de courtoisie (*comitas*) d'une province à l'autre. Mais venant à examiner de plus près le statut qui régit les biens des époux, il reconnaît qu'il n'y a là à proprement parler ni statut personnel, ni statut réel, mais un effet de la volonté expresse ou tacite des conjoints, une convention. Or toute convention, expresse ou virtuelle, doit avoir effet partout et sur tous les biens des contractants. La communauté coutumière, venant d'une convention tacite, doit donc, comme la communauté conventionnelle, s'étendre à tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils soient situés. C'est la doctrine de d'Argentré réfutée par un des plus chauds partisans de la réalité des statuts ¹.

¹ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, l. XXIII, t. II, n° 85.

III. — *Quelle était la loi personnelle qui devait régir les biens des époux ?*

Nous avons vu qu'en France du moins on avait fini par admettre que le régime matrimonial devait être gouverné par une loi unique, applicable partout, ou, comme on disait, que le statut des conventions matrimoniales était personnel. Mais ceci admis, toute difficulté n'était pas levée. Il restait à déterminer quelle était cette loi unique, quel était ce statut personnel qui régissait les conventions matrimoniales. Deux époux peuvent en effet appartenir à deux provinces différentes ; ils peuvent aller se marier hors de leur domicile ; enfin ils peuvent, mariés dans le ressort d'une coutume, aller s'établir ailleurs. Dans tous ces cas quelle sera la loi à suivre ?

Boullenois, prenant l'hypothèse la plus compliquée, donne l'exemple suivant : « Un homme domicilié à Paris, « contracte mariage avec une femme domiciliée à Lyon, « et ce mariage est contracté par dispense en Anjou, où « les parties s'étaient rencontrées par occasion de commerce : le mari, ensuite du mariage, emmène sa femme « à Paris, où il était domicilié, et quelques années après « ils transportent leur domicile en Normandie, où l'un « d'eux décède, et leurs biens se trouvent situés tant dans « ces différentes coutumes que dans quantité d'autres ¹. » De toutes ces coutumes différentes qui vont se trouver en conflit, laquelle doit-on choisir pour régler le régime matrimonial ?

Plusieurs systèmes se présentaient pour répondre à cette question. Bouhier en énumère jusqu'à cinq ².

¹ Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 260.

² Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. XXI, nos 19-27.

Le premier indiquait comme règle la coutume du lieu où le contrat a été passé, dans le cas où il y a eu un contrat de mariage n'indiquant pas le régime matrimonial choisi.

Le second, qui s'en rapproche beaucoup, suivait, à défaut de conventions expresses, la coutume du lieu de la célébration du mariage. Dans ces deux systèmes on assimilait le contrat de mariage aux contrats ordinaires, et on appliquait la maxime : *Locus regit actum*. Cette opinion ne prévalut pas. Chasseneux, qui l'avait soutenue dans son *Commentaire sur la coutume de Bourgogne*, s'attira de Dumoulin cette dure apostille : *Iste nescit quid dicat*¹. « On rejette communément, dit Bouhier, la coutume du lieu où le mariage a été célébré, et celle du lieu où le contrat a été passé, quand aucun de ces lieux n'est celui du domicile de l'un des conjoints. » Dans ce cas en effet c'est par suite du hasard que le contrat de mariage a été fait, ou le mariage célébré dans ce lieu, et une résidence passagère ne saurait influencer sur des intérêts aussi graves que ceux qui résultent des conventions matrimoniales.

Une troisième opinion, assez singulière, et qui montre bien l'incertitude de l'ancien droit en cette matière, proposait de fixer le statut matrimonial d'après la coutume du lieu où les conjoints étaient domiciliés lors du décès du prémourant. On ne doit pas s'y arrêter, car les droits des époux étant acquis dès le jour du mariage, doivent être fixés à ce moment, sans quoi le mari pourrait à son gré bouleverser ces droits, en changeant de domicile.

Ces opinions écartées, la lutte restait entre la loi du domicile du mari et celle du domicile de la femme. Les anciens arrêts du Parlement de Paris penchaient pour le domicile de la femme, et tel semble être, du moins dans

¹ Dumoulin, *Notes sur Chasseneux*. (Œuvres, t. II, p. 1091.)

un passage, l'avis de Froland¹. On faisait observer en ce sens que la plupart des avantages matrimoniaux, tels que le droit de communauté, le douaire, l'augment de dot, les donations de survie, les bagues et joyaux, intéressent surtout la femme, et qu'elle doit être présumée avoir choisi la coutume de son domicile, la seule qu'elle pouvait connaître pour y soumettre ses conventions ; ce raisonnement a plus de force encore lorsque, comme cela a lieu la plupart du temps, le domicile de la femme se confond avec celui de la célébration du mariage.

Cependant Dumoulin et à sa suite les meilleurs auteurs se prononcèrent pour la loi du domicile du mari², et telle était aussi, au temps de Bouhier, la jurisprudence uniforme des Parlements. C'est en effet au domicile du mari qu'il est le plus naturel de donner la préférence, car par le mariage il va devenir celui de la femme et des enfants, et c'est à la loi de ce domicile que la femme doit être censée avoir voulu soumettre sa personne et ses biens. En vain objecterait-on que le contrat de mariage se passe avant la célébration du mariage, à un moment où la femme n'est pas encore soumise à la coutume du mari : c'est une pure subtilité, car si le contrat de mariage précède la célébration, il est censé fait au même moment, et à la même date que le mariage lui-même. Il ne faut pas non plus distinguer entre le cas où la femme connaît la coutume de son futur mari, et le cas où elle l'ignore. Car elle ne doit pas ignorer qu'elle suivra partout son mari, et comme tout se réduit à une question d'intention, elle

¹ Froland, *Mémoires sur les Statuts*, part. II, ch. XII, n° 7.

² Dumoulin, l. I, t. I, *Cod., de Summ. Trin.* (Œuvres, t. III, p 535.) — Bacquet, *Traité des Droits de justice*, ch. XXI, n° 74. — Renusson, *Traité de la Communauté*, 1^{re} partie, ch. IV, n° 35. — Lebrun, *Communauté*, l. I, ch. II, n°s 39 et suiv. — Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 260 et suiv. — Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. XXI, n°s 23 et suiv.

doit avoir eu l'intention de se soumettre à sa loi, puisqu'elle ne l'a pas exclue par une convention expresse. C'est donc la coutume du domicile du mari qui régira les biens des époux.

Mais il faut bien nous entendre. Quand les anciens auteurs parlent de la loi du domicile du mari, ils se réfèrent au cas le plus général. Il serait plus juste de dire la *loi du domicile matrimonial*, c'est-à-dire la loi du lieu où les époux avaient l'intention de s'établir après le mariage. Le fondement de la personnalité du statut matrimonial était chez nos anciens auteurs, nous l'avons vu, une convention tacite : cela étant, il fallait admettre logiquement que les époux avaient entendu adopter la loi du lieu où ils devaient fixer le siège de leur union, autrement dit, leur domicile matrimonial. C'est en effet la doctrine enseignée par tous les anciens auteurs, depuis Dumoulin jusqu'à Pothier. Par domicile du mari Dumoulin entendait le lieu du domicile d'habitation que le mari se destinait au jour du mariage (*inspicietur locus domicilii habitationis viri destinatae tempore matrimonii*)¹. C'est la véritable formule. Si donc, par exemple, un Lyonnais venait épouser une Parisienne à Paris, avec l'intention d'établir après le mariage son domicile à Paris, on devrait suivre pour régler les biens des époux la coutume de Paris. La question est un peu plus difficile si un Lyonnais venait épouser une Orléanaise à Paris, dans le dessein de fixer son domicile à Orléans : la raison de douter vient de ce que le domicile ne peut s'acquérir que par le fait de l'habitation dans un lieu joint à l'intention d'y fixer son principal établissement, et que dans l'espèce, le Lyonnais n'a pas perdu son domicile de Lyon, et n'en a pas encore acquis un à Orléans où il n'est jamais venu. Cependant Pothier décide encore

¹ Dumoulin, *Notes sur Chasseneux*. (Œuvres, t. II, p. 1091.)

que le domicile matrimonial sera à Orléans, car il suffit pour cela que les époux aient l'intention d'y fixer le siège de leur union ¹.

Dans toutes ces matières, il faut tenir grand compte de l'intention des parties. Si elles ont fait un contrat de mariage sans parler du régime matrimonial adopté, on pourra trouver dans les clauses de ce contrat des raisons de décision, en dehors des principes que nous venons de poser. Supposons par exemple qu'un homme domicilié à Paris va se marier en pays de droit écrit, et fait un contrat de mariage où il n'est point parlé de communauté ; mais on y parle d'augment de dot, de biens paraphernaux, ou on y insère des clauses usitées en pays de droit écrit. Bien que le mari retourne après son mariage habiter à Paris, on suivra la loi du pays de droit écrit, c'est-à-dire dans l'espèce la loi du pays où le contrat a été passé, et non la loi du domicile matrimonial ².

On se demandait aussi quel effet devait produire sur le régime des biens un changement de domicile survenu après le mariage. Les principes devaient naturellement conduire à décider que ce changement n'aura aucun effet sur le régime matrimonial adopté lors du mariage. En effet, d'une part, l'intérêt de l'union des deux époux exige de la fixité dans leurs rapports pécuniaires, et on ne peut pas permettre au mari d'anéantir ou de modifier à son profit les conventions matrimoniales, au moyen d'un changement de domicile postérieur au mariage. D'autre part, le principe de la convention tacite devait forcément conduire à cette conclusion, car il est de règle que les conventions en général ne peuvent pas être altérées ni anéanties par un changement de domicile des contractants. Aussi presque

¹ Pothier, *Traité de la Communauté*, article préliminaire, n° 16.

² Lebrun, *Traité de la Communauté*, l. I, ch. II, n° 44.

tous les anciens auteurs se sont prononcés en ce sens : c'est un point, nous dit Bouhier, sur lequel tout le monde est d'accord ¹. La jurisprudence avait aussi consacré ce principe : deux époux étaient domiciliés au jour de leur mariage dans la coutume de Senlis, qui admettait la communauté ; plus tard ils étaient allés s'établir à Gisors, dont la coutume n'admettait pas la communauté ; le mari y avait acquis la charge d'élu, et la femme y était décédée. Malgré cela le Parlement de Paris, par un arrêt du 8 avril 1718, décida que les époux étaient restés soumis, quant à leur régime matrimonial, à la coutume de Senlis, et qu'il y avait lieu de partager la communauté qui avait existé entre eux ².

IV. — *Étendue d'application du statut des conventions matrimoniales.*

Nous avons dit déjà, qu'après une lutte assez longue, on avait fini par reconnaître que le statut qui règle les conventions matrimoniales était un statut personnel, et qu'en conséquence il devait s'appliquer à tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils fussent situés. Une fois le principe admis que le statut matrimonial vient d'une convention tacite, il n'y avait pas grande difficulté à admettre que le statut de communauté par exemple devait s'étendre même aux biens situés dans des coutumes qui n'admettent pas la communauté. C'était la situation respective entre la coutume de Paris et les pays de droit écrit. Ainsi deux époux se mariant sous l'empire de la coutume de Paris venaient-ils à acquérir des biens dans le Lyonnais, ces biens étaient communs entre eux, bien que la coutume

¹ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxi, n° 13.

² Merlin, *Rép.*, V. *Communauté de biens*, § 1, III.

du Lyonnais n'admît pas la communauté. De même deux Lyonnais acquéraient-ils des biens à Paris, ces biens n'étaient pas communs, le régime des époux étant réglé par la loi de leur domicile matrimonial.

La question était plus difficile si l'une des coutumes était prohibitive. Ainsi l'art. 389 de la coutume de Normandie était ainsi conçu : *Les personnes conjointes par mariage ne sont communes en biens, soit meubles, ou conquêts immeubles, ainsi les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari.* D'autre part, l'art. 330 portait : *Quelque accord ou convention qui ait été fait par contrat de mariage, et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger.* Il est évident que cette disposition est prohibitive à l'égard des Normands qui se marient en Normandie. Mais en est-il de même pour les époux qui sont mariés et domiciliés ailleurs, et qui acquièrent des biens en Normandie ? Sur ce point le Parlement de Paris et le Parlement de Rouen étaient en complet désaccord. Pour l'affirmative, on pouvait dire que la prohibition de la coutume de Normandie semble absolue, et que cette coutume a bien le droit de prononcer une défense sur l'étendue de son territoire. C'était là que la doctrine de Dumoulin rencontrait le plus d'obstacles. Nous ne reviendrons pas sur la discussion. Le statut matrimonial est personnel, c'est un point acquis dans la doctrine et la jurisprudence. Cela étant, une disposition prohibitive, même aussi catégorique et aussi absolue que celle que nous venons de rappeler, ne pouvait pas empêcher ce statut personnel d'avoir effet partout. Si la coutume de Normandie prohibait la communauté entre époux, et excluait la femme, du moins pendant le mariage, de tous les conquêts faits par le mari, c'était là une disposition faite pour les

Normands, eu égard aux mœurs du pays, où les hommes se montraient très durs et très avarés pour leurs femmes¹. Aussi une telle disposition ne devait pas être applicable aux époux qui, mariés sous la coutume de Paris, acquéraient des biens en Normandie. Ces biens tombaient donc dans la communauté, malgré la prohibition de la coutume de Normandie. Cette doctrine, qu'on avait admise facilement en cas de convention expresse, finit par l'emporter même en l'absence de contrat de mariage². Boullenois arrivait plus simplement encore au même résultat au moyen de la doctrine qu'il enseignait sur le statut matrimonial : selon lui, ce statut règle l'état et la condition des conjoints, et c'est à ce titre qu'il est personnel. Nulle difficulté à appliquer le statut de communauté dans la coutume de Normandie, la disposition prohibitive de cette coutume ne réglant que l'état et la condition des conjoints Normands³.

Le principe de Dumoulin et de ses successeurs, réglant le régime des biens entre époux par la loi du domicile matrimonial, ne s'applique pas seulement à la communauté, à la question de savoir si les biens des époux seront communs ou non. Il doit être étendu à toutes les conventions usitées entre époux, et réglées, à défaut de contrat, par les coutumes. Ainsi c'est à la coutume du domicile matrimonial qu'on s'en rapportera pour fixer l'époque où commencera la communauté. Ce sera donc au jour de la célébration du mariage, si les époux sont domiciliés dans

¹ « *Quoniam in Neustria mulieres sint ut ancillæ multum viris suis subditæ, qui sunt avari et fraudatores ut plurimum.* » Dumoulin, in *Cod.*, l. I, t. I. (Euvres, t. III, p. 536.)

² Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxvi, n^{os} 24 à 32. — Froland, *Mémoires sur les Statuts*, part. II, ch. II, n^o 7, et ch. xxxi, n^o 38.

³ Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 771

la coutume de Paris ou dans la coutume d'Orléans ; seulement au bout de l'an et jour, s'ils sont domiciliés dans les coutumes de Maine ou d'Anjou, et cela même pour les immeubles de Paris ou d'Orléans. Ce sera de même la coutume du domicile matrimonial qui décidera s'il doit y avoir ou non continuation de la communauté entre les enfants et le survivant des époux, si celui-ci a négligé de faire dresser un inventaire au décès de son conjoint, alors même que les époux auraient changé de domicile. Car bien que cette disposition soit exorbitante du droit commun, et jusqu'à un certain point pénale, elle ne doit point être rangée parmi les lois réelles, la communauté nouvelle qui se produit n'étant qu'une suite de la première, et devant être régie par la même loi ¹.

C'est d'après les mêmes principes qu'on réglera le droit pour la femme et ses héritiers de renoncer à la communauté ², les remplois et récompenses ³, et les gains de survie qu'une coutume peut accorder à la femme comme conséquence de son régime matrimonial ⁴. Ainsi par exemple l'augment de dot, les bagues et bijoux qui étaient accordés à la femme survivante dans les pays de droit écrit, sont réglés par la loi du domicile matrimonial. « Tous ces droits, dit Boullenois ⁵, ou sont expressément « convenus par le contrat de mariage, ou, s'il n'y a pas « contrat de mariage, ils sont présumés tacitement stipu- « lés entre les parties ; et dans l'un et l'autre cas, ils sont « dus aux conjoints conformément à la loi du domicile du « mari lors du mariage. »

¹ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxvi, n^{os} 70 à 76.

² Bouhier, ch. xxv, n^o 44, et ch. xxvi, n^o 77. — *Contra* : Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 512.

³ Bouhier, ch. xxvi, n^{os} 89 à 102. — *Contra* : Basnage, *Sur l'art. 539 de la Coutume de Normandie*, t. II, p. 466.

⁴ Bouhier, ch. xxvi, n^{os} 103 et suiv.

⁵ Boullenois, *Des Démissions de biens*, question VI, p. 159.

Il en serait de même du préciput légal que la coutume de Paris accordait au survivant de deux conjoints nobles (art. 238). Si deux conjoints nobles mariés à Paris vont demeurer ailleurs, où un tel préciput n'ait pas lieu, ils ne le perdront pas, de même que des conjoints mariés dans une autre coutume, ne l'acquerraient pas en venant habiter à Paris¹.

Le douaire de la veuve était le plus ordinaire des avantages matrimoniaux que les coutumes donnaient à la femme. On distinguait deux sortes de douaire, le douaire *préfix* et le douaire *coutumier*. Le *douaire préfix* était celui qui était stipulé par les époux dans leur contrat de mariage; le *douaire coutumier* était accordé et fixé par la loi elle-même dans certaines provinces. Les stipulations des contractants, de plus en plus fréquentes, étaient tournées en usage, et l'usage était devenu loi par une ordonnance de Philippe-Auguste rendue en 1214.

Prenons d'abord le douaire *préfix* ou *conventionnel* : par quelle loi doit-il être régi : par la coutume du domicile matrimonial, ou par la coutume du lieu de la situation des biens? Quand il était constitué sur tous les biens du mari en général, on s'accordait à dire qu'il pouvait être pris sur tous ces biens, en quelque lieu qu'ils fussent situés : dans ce cas le statut du douaire était donc considéré comme personnel.

Si le douaire au contraire était assigné sur un bien particulier du mari, la question souffrait plus de difficulté, et certains auteurs voulaient qu'on suivît la coutume de la situation, par cette raison que les coutumes sont réelles et régissent tous les fonds enclavés dans leur territoire².

¹ Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 281. — *Contra* : Bacquet, *Traité des Droits de justice*, ch. XXI, n° 73.

² Bacquet, *Des Droits de justice*, ch. XV, n° 50. — Froland, *Mémoires sur les Statuts*, part. II, ch. XI, n° 3, p. 529 et suiv.

Mais on ne voit pas de raison suffisante pour distinguer entre les deux hypothèses. Dans les deux cas, le douaire vient d'un contrat, et pour être assigné sur un héritage déterminé, il n'en est pas moins conventionnel, par conséquent soumis à la loi des conventions. L'assignation d'un fonds n'est que l'accessoire de l'obligation, et l'accessoire ne saurait modifier la nature du principal. Dumoulin déjà l'avait remarqué, et Froland lui-même avoue que « ce n'est « pas l'assignat du douaire qui en change la nature ¹. » Là où la question pouvait faire plus de doute, c'était quand la coutume de la situation était prohibitive, en ce sens que le douaire préfix ne pouvait excéder le douaire coutumier, comme cela avait lieu dans le Maine, en Poitou, en Bourgogne, en Normandie. Mais la prohibition du douaire ne saurait avoir plus d'effet que la prohibition de la communauté, et nous avons écarté tout-à-l'heure la loi de la situation contenant prohibition de communauté, une telle prohibition s'adressant beaucoup plus aux personnes qu'aux biens.

Que faut-il dire du douaire *coutumier*? Bouhier constate que tous ceux qui en ont parlé, et notamment Renusson, Froland et Boullenois ², se sont prononcés pour la réalité. Il ajoute : « Il ne m'appartient pas de lutter contre un tel torrent, par lequel j'ai été moi-même entraîné autrefois ³. » Il fait seulement quelques réflexions dans le sens de l'opinion contraire. Ces réflexions nous paraissent très fortes. Autrefois il n'y avait que le douaire conventionnel : « Jadis « femme n'avait douaire, fors le convenancé, » dit Loisel ⁴.

¹ Froland, *Mémoires sur les Statuts*, part. II, ch. xiv, n° 11.

² Renusson, *Traité du Douaire*, ch. v, n° 47. — Froland, *Mémoires sur les Statuts*, part. II, ch. ix, n° 4, p. 501. — Boullenois, *Des Démissions de biens*, question VI, p. 89.

³ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxvi, n° 152.

⁴ Loisel, *Institutes coutumières*, l. I. t. III, art. 1.

Lorsque l'ordonnance de 1214, et à sa suite les rédacteurs des coutumes, ont introduit le douaire coutumier, ce n'a été que pour suppléer à la convention des parties, pour en fixer la quotité et en marquer l'assignat. Or la fixation du douaire ne peut en avoir changé la nature, et on peut dire du douaire ce que Dumoulin disait de la communauté, qu'il vient d'une convention tacite, et doit à ce titre être personnel. Nous n'avons ici à nous occuper du douaire que comme conséquence, comme accessoire du régime matrimonial, et on ne voit pas pourquoi on ne le mettrait pas sur le même rang que les autres gains nuptiaux ¹.

Des difficultés s'élevaient aussi à propos de la renonciation des filles dotées. Sans entrer dans le fond de la question, remarquons que quand cette renonciation était faite dans un contrat de mariage, c'était une clause de ce contrat, qui devait, comme toute convention, s'étendre à tous les biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Mais que faut-il décider dans le cas où c'est la coutume elle-même qui exclut la fille mariée de la succession de ses père et mère? Il semblerait que le principe de Dumoulin dût trouver ici son application, et qu'on dût voir là une renonciation tacite et par suite un statut personnel. Mais Dumoulin lui-même n'avait pas osé aller jusque-là, et il voyait dans cette exclusion légale des filles mariées une disposition réelle. D'Argentré triomphe de cette conséquence, et il en conclut que le système de son adversaire est dénué de fondement. Mais Bouhier, logique jusqu'au bout, estime que cette exclusion des filles dotées n'est qu'une renonciation tacite, suppléant à la renonciation expresse ordinairement faite dans le contrat de mariage, et y appliquant le principe général, il décide que cette disposition appartient au statut personnel. Toutefois

¹ *Contra* : Pothier, *Traité du Douaire*, nos 18 et 19.

il avoue que la plupart des auteurs sont d'un avis contraire¹.

Nous avons vu que, dans la matière qui nous occupe, le statut personnel tenait la plus grande place, et que malgré bien des discussions et bien des résistances, la personnalité des lois tendait au XVIII^e siècle à l'emporter sur la doctrine primitive de la réalité. Il ne faudrait pas croire cependant que le statut réel n'eût aucune application dans la matière des conventions matrimoniales. Toutes les dispositions qui regardent directement les biens, indépendamment de la personne des conjoints, toutes celles qui ont trait à l'acquisition et la transmission des immeubles, à l'organisation et à la conservation de la propriété, rentrent essentiellement dans le statut réel : elles seront applicables à toute personne dans le ressort de la coutume de la situation des biens, et n'auront aucun effet hors du territoire de cette coutume.

Prenons un exemple. D'après l'article 279 de la coutume de Paris, la femme remariée ayant des enfants du premier lit ne peut pas disposer des conquêts faits avec ses précédents maris au préjudice des enfants des premiers mariages.

Cette disposition, réglant la disponibilité des conquêts faits par deux époux à l'égard de tiers, est évidemment de statut réel. Il est impossible de la rattacher soit à une convention tacite intervenue entre les conjoints, soit à la condition des époux réglée par la coutume du domicile matrimonial. Elle dépend donc de la loi de la situation des biens. Ainsi lorsque deux conjoints sont mariés et domiciliés dans la coutume de Paris, et y ont contracté communauté, l'article 279 ne sera pas applicable aux

¹ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxvi, n^{os} 183 et suiv.

conquêts qu'ils auront faits hors du territoire de cette coutume. Réciproquement si deux époux sont mariés dans une coutume où l'article 279 n'est pas de mise, la femme remariée ne pourra pas disposer contrairement à cet article des conquêts qu'ils auraient faits dans la coutume de Paris¹. De même une disposition qui viserait directement les biens, et qui déciderait par exemple que les immeubles ne pourront jamais être inaliénables, serait applicable à toute personne dans l'étendue de la coutume qui l'aurait édictée, même à des conjoints mariés dans une coutume qui déclare par exemple les immeubles dotaux inaliénables.

Mais à part ces restrictions qui tiennent à ce que l'organisation de la propriété foncière dépend essentiellement de la loi locale, à part celles qui viennent de l'ordre public, également soumises à cette loi, on peut dire qu'il était acquis, dès la fin du siècle dernier, que le statut des conventions matrimoniales est une loi personnelle, applicable même en dehors des limites de l'autorité qui l'a établie.

¹ Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 806 à 809.



DEUXIÈME PARTIE

Des conflits de lois en matière de régime matrimonial dans le Droit international moderne.

Dans le droit actuel, dont nous allons maintenant nous occuper, la question du conflit des lois en matière de régime matrimonial ne se présente plus tout-à-fait comme elle se présentait autrefois en France avant 1789. Il ne s'agit plus de trancher le débat entre deux provinces du même pays, mais bien entre deux États distincts et indépendants¹. Ici les difficultés sont plus grandes, et cela pour deux raisons.

D'abord on comprend que dans un pays soumis à la même autorité, obéissant au même souverain, dans un pays où les populations ont un tempérament et des mœurs analogues, on accepte assez facilement dans une province l'application d'une règle en vigueur dans une province voisine, mais dans le territoire du même pays. Il n'en est

¹ On pourrait être tenté d'assimiler à la situation ancienne ce qui se passe dans les États fédérés, par exemple en Suisse ou aux États-Unis, où, à côté d'un pouvoir central unique, il y a dans chaque État une législation distincte. Mais l'assimilation ne serait pas exacte. Dans la fédération d'États, le pouvoir fédéral ne représente les États que pour les questions politiques et internationales, et ceux-ci, à quelques exceptions près, gardent vis-à-vis les uns des autres et vis-à-vis du gouvernement central leur indépendance complète au point de vue civil. Pour le conflit des lois civiles, les cantons suisses sont donc, en général du moins, dans la même situation que des États indépendants.

pas de même d'une législation étrangère, émanant d'une souveraineté rivale, et faite souvent dans un esprit différent.

En second lieu, quand un conflit s'élève entre législations différentes de pays soumis à une souveraineté unique, on conçoit que cette souveraineté puisse indiquer la règle qui sera suivie en cas de conflit. Cela ne se comprend plus quand il s'agit d'un conflit entre deux États indépendants. Ici il n'y a plus au-dessus d'eux une autorité supérieure et unique pour trancher le débat, et il n'y aurait que des conventions internationales librement consenties qui pourraient poser les règles à suivre. De plus il intervient dans ce dernier cas un élément nouveau, la nationalité, qui n'était pas en cause dans le premier. Il y a donc entre ces deux ordres de questions, entre la théorie des statuts locaux et le droit international privé, une certaine analogie, mais le second point a ses difficultés particulières.

C'est ce second point que nous allons aborder. Nous avons à nous demander quelle loi régira les biens des époux lorsqu'ils iront se marier à l'étranger, ou lorsqu'ils seront de nationalité différente, par exemple si deux Français se marient en Italie, ou si un Français épouse une Italienne, soit en France, soit en Italie, soit partout ailleurs. On pourrait supposer aussi deux Français mariés en France, mais possédant des biens à l'étranger, ou à l'inverse deux étrangers mariés dans leur pays, et ayant des biens en France.

En une pareille matière, il y aura à tenir compte de deux idées. Le régime des biens entre époux a un lien évident avec le mariage et avec l'organisation économique de la famille ; il faudra donc en combiner les règles avec les principes fondamentaux qui régissent le mariage. D'autre part, comme il s'agit ici de droits pécuniaires, et

de rapports d'intérêt qui peuvent varier avec les personnes et les caractères, il faudra laisser aux époux une certaine liberté pour l'organisation de leur régime matrimonial. Ce sont ces deux idées qui dans toutes les législations président à l'organisation du régime conjugal, et qui doivent avoir aussi leur place dans une théorie de droit international privé.

Ceci posé, nous aurons deux hypothèses à prévoir. Ou bien les époux, profitant de la liberté que leur laisse la loi, ont fait un contrat de mariage pour soumettre leurs biens à un régime de leur choix, conforme à leurs goûts et à leurs idées. Ou bien au contraire ils n'ont pas fait de contrat, soit qu'ils aient redouté les frais qu'un tel acte eût entraînés, soit qu'ils aient préféré s'en rapporter à la loi elle-même pour organiser le régime de leurs biens, en disant avec Montaigne : « Les lois y ont mieux pensé que nous, et vault mieux les laisser faillir en leur eslection, que de nous hazarder de faillir témérairement en la nostre ¹. »

Nous examinerons successivement les deux hypothèses, en nous plaçant particulièrement au point de vue du droit français, c'est-à-dire en supposant la législation française en jeu, et la contestation portée devant un tribunal français ; puis nous verrons dans un troisième chapitre les solutions données dans les principaux États étrangers.

¹ Montaigne, *Essais*, l. II, ch. VIII

CHAPITRE PREMIER

Du cas où les époux ont fait un contrat de mariage formel.

Lorsque les futurs époux ont fait un contrat de mariage, en principe le contrat fait la loi des parties. C'est la règle générale pour toutes les conventions, posée par l'art. 1134 de notre Code civil et répétée en particulier pour les conventions matrimoniales par l'art. 1387 : cette règle doit être vraie aussi en droit international privé. Mais pour cela il faut que les parties soient capables de faire ce contrat ; il faut en outre que le contrat soit valable, tant dans la forme que dans le fond. Nous aurons donc à étudier successivement les règles de capacité, les règles de forme, et les règles de validité intrinsèque d'un contrat de mariage passé en pays étranger. Nous verrons aussi quelle loi il faut suivre pour l'interprétation de ce contrat, et quelle doit être l'étendue d'application de ce contrat à l'étranger, autrement dit les restrictions qu'il doit subir d'après les lois étrangères.

I. — *Règles de capacité.*

Pour faire un contrat de mariage valable, il faut que les futurs époux soient capables de faire ce contrat. Si le contrat est fait à l'étranger, quelle est la loi applicable ?

Depuis longtemps on a reconnu que la capacité d'une personne doit être régie par une loi unique, en quelque lieu qu'elle soit. C'est ce qu'on exprimait, et ce qu'on

exprime souvent en disant que les lois concernant la capacité des personnes sont de statut personnel. Dans l'ancien droit, c'était la loi du domicile de la personne qui régissait sa capacité. Cette solution était rationnelle quand il s'agissait de résoudre le conflit entre plusieurs lois locales en vigueur dans le même État.

Que faut-il décider dans les rapports internationaux, et pour le conflit de deux lois étrangères ? La question n'est plus la même, et quoique quelques auteurs tiennent encore pour la loi du domicile¹, on s'accorde en général aujourd'hui pour décider que la loi qui régit la capacité d'une personne est la loi nationale de cette personne². C'est le point de vue de la loi française. L'art. 3, § 3 du Code civil, décidant la question pour les Français à l'étranger, est ainsi conçu : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Ce que la loi décide expressément pour les Français établis à l'étranger, on peut dire qu'elle le décide implicitement pour les étrangers établis en France : appliquant la loi française aux Français résidant à l'étranger, elle semble bien dire qu'à l'inverse les étrangers résidant en France seront soumis, quant à leur capacité, à leur loi nationale³. Le Code Italien pose le principe d'une façon plus générale, dans l'art. 6 des Dispositions préli-

¹ Savigny, *Traité de Droit romain* (trad. Guenoux), t. VIII, § 359. — Merlin, *Rép.*, V. *Statut*. — Story, *Conflict of laws*, ch. iv. — Foelix prend aussi pour base la loi du domicile, mais il admet qu'on ne peut avoir de domicile que dans sa patrie (*Traité de Droit international*, t. I, nos 27 et 28).

² Fiore, *Droit international privé* (trad. de M. Pradier-Fodéré), § 45. — Brocher, *Nouveau Traité de Droit international privé*, § 49 et 21. — Laurent, *Droit civil international*, t. I, nos 43, 99 et suiv.

³ Cela est confirmé par les travaux préparatoires. Dans le projet du gouvernement, l'art. 3 était ainsi conçu : *La loi oblige ceux qui habitent le territoire*. Tronchet fit remarquer que cette disposition était trop générale, et que l'étranger ne devait pas être soumis aux lois

minaires : « L'état et la capacité des personnes, comme les rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent. » Sans entrer dans une discussion approfondie de cette question, qui nous entraînerait hors de notre sujet, nous dirons que cette solution nous semble la meilleure au point de vue théorique, car le lien qui unit le citoyen à la nation dont il est membre est plus étroit que celui qui le rattache au territoire qu'il habite, et les lois de sa patrie, plus conformes à son tempérament, à ses aptitudes physiques et morales, à ses instincts de race et à ses traditions de famille, seront plus compétentes que celles de son domicile pour régler sa capacité. De plus on doit désirer que la capacité d'une personne soit, autant que possible, fixe et invariable ; or à ce point de vue encore, la loi nationale offre plus de garantie, car on change bien plus difficilement de nationalité que de domicile.

Remarquons que pour que le conflit se produise entre la loi du domicile et la loi nationale, il faut qu'il soit préalablement admis qu'un étranger peut avoir un domicile hors de sa patrie. Or c'est là un point controversé. D'après Foelix, « les expressions de *lieu du domicile de l'individu*, et de *territoire de sa nation ou patrie* peuvent être employées indifféremment ¹. » Cette opinion est généralement repoussée, mais pour beaucoup d'auteurs, un étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il est autorisé par le gouvernement à y établir son domicile, conformément à l'art. 13 du Code civil. C'est l'opinion qui semble prévaloir dans la jurisprudence française ². Cette

civiles qui règlent l'état et la capacité des personnes. C'est sur cette observation qu'on adopta la rédaction actuelle. C'est donc à dessein que l'article ne parle pas de l'état et de la capacité de l'étranger en France. (Loché, t. I, p. 398 et suiv.)

¹ Foelix, *Traité du Droit international privé*, t. I, n° 28.

² Paris, 14 juillet 1871 (Dalloz, 1872, 2, 65). — Cassation, 5 mai 1873 (*J. du Droit int. privé*, 1873, p. 357).

opinion nous semble erronée. L'article 13 lui-même, qu'on invoque contre nous, en décidant que l'étranger autorisé à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils, semble bien admettre qu'il y a deux catégories d'étrangers domiciliés en France, ceux qui ont obtenu l'autorisation du gouvernement, qui ont par suite une situation particulièrement favorable, et ceux qui n'ont pas été autorisés. Ainsi d'après nous, un étranger peut très bien, même en dehors des conditions de l'article 13, avoir un domicile en France ; le domicile en effet se compose de deux éléments, un élément de fait et un élément intentionnel, qui peuvent très bien exister chez un étranger indépendamment de toute autorisation du gouvernement français ¹.

Certains auteurs, et notamment M. Demangeat ², tout en admettant en principe que c'est la loi nationale qui règle la capacité des personnes, appliquent complètement la loi française aux étrangers autorisés par le gouvernement à établir leur domicile en France ; ils invoquent l'article 13, d'après lequel l'étranger qui a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France « y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider. » Nous ne pouvons admettre cette conclusion. Il y a là une confusion d'idées. En ce qui concerne les droits des étrangers en France, deux questions se produisent : 1^o Quels sont les droits qui peuvent être exercés par les étrangers ? — 2^o Un droit leur étant reconnu, quelle est la loi qui doit les régir pour ce droit ? — L'article 13 répond à la première

¹ Cette doctrine est confirmée par un texte législatif spécial. La loi du 23 avril 1871 sur l'enregistrement décide dans son article 4 que « sont assujettis aux droits de mutation par décès les fonds publics, actions, obligations, etc., dépendant de la succession d'un étranger domicilié en France avec ou sans autorisation. »

² M. Demangeat, *Sur Félix*, t. I, p. 58, note B. — *Histoire de la Condition civile des étrangers en France*, p. 414.

question, non à la seconde. L'étranger autorisé à résider en France jouira bien de tous les droits civils, mais il n'en jouira que dans les limites de sa capacité, appréciée d'après sa loi étrangère. Ainsi même dans ce cas, c'est la loi nationale qui fixe l'état et la capacité de la personne. Cela est si vrai que le Code Italien, qui accorde aux étrangers tous les droits des nationaux, pose cependant le principe que pour leur état et leur capacité, ils sont régis par leur loi nationale (art. 6 des dispositions préliminaires).

C'est donc la loi nationale de chaque individu qui fixe les limites de sa capacité, et cela est vrai de la capacité spéciale de faire tel ou tel acte, comme de la capacité générale de contracter. En effet admettre ici des distinctions, appliquer au même individu plusieurs lois différentes au sujet de sa capacité, selon qu'il s'agit de lui permettre de faire tel ou tel acte, ce serait contraire à l'unité et à l'identité de la personne, qui est la base même du statut personnel. De plus les incapacités spéciales formant autant d'exceptions aux règles générales concernant l'état et la capacité des personnes, on se trouverait en face de contradictions et de difficultés inextricables, si on n'appliquait pas aux deux choses une seule et même loi ¹.

Ainsi, pour en revenir à notre matière spéciale, pour savoir si deux futurs époux sont capables de faire leur contrat de mariage, il faudra consulter la loi nationale de chacun d'eux. S'ils sont de la même nationalité, une seule législation sera à appliquer. S'ils sont de nationalité différente, il faudra à la fois que le futur mari soit capable d'après la loi de son pays d'origine, et que la future

¹ Brocher, §§ 21 et 22. — Demangeat, *Revue pratique*, t. I (1836), p. 55. — Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, § 364. — *Contra* : Fœlix, t. I, n° 30 *in fine*.

épouse le soit d'après sa loi propre. Si l'un des deux est incapable, le contrat de mariage ne sera pas valable.

Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un époux français, on appliquera l'article 1398, d'après lequel le mineur habile à contracter mariage peut faire son contrat de mariage, pourvu qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage. De même des époux italiens seraient régis quant à leur capacité par l'article 1386 du Code civil italien, qui contient une disposition analogue.

La difficulté de la matière, c'est de bien déterminer les dispositions du titre du contrat de mariage qui rentrent dans les règles de capacité, et de les distinguer des règles de forme. On se demande notamment comment doit être envisagée la règle de l'article 1394, d'après laquelle les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage. L'étude de cette question sera mieux à sa place lorsque nous aurons parlé des règles de forme du contrat de mariage.

II. — *Règles de forme.*

Quelle loi devra-t-on suivre pour les formes instrumentaires du contrat de mariage ? Là encore il faut se référer aux règles ordinaires applicables à tous les contrats.

Depuis longtemps on a compris que la forme des actes devait être soumise à des règles particulières. Il s'agit d'assurer la preuve des actes, et de fournir les garanties nécessaires aux parties et aux tiers : une telle matière ne rentre ni dans le droit des personnes, ni dans le droit des biens, et ne peut être régie ni par la loi personnelle, ni par la loi réelle. Aussi quelques auteurs, à côté du statut personnel et du statut réel, ont imaginé un statut mixte, dans lequel ils faisaient rentrer ce qui concerne la forme

des actes. Un acte est passé en pays étranger, dans notre espèce un contrat de mariage, par des personnes capables de faire cet acte. Quelle loi en règlera les formes ?

On peut songer à la loi du pays où l'acte doit être exécuté, mais souvent il est difficile de savoir au moment où l'acte est fait, dans quel pays on en demandera l'exécution ; souvent aussi on ignore, au lieu de la formation du contrat, les formes légales exigées dans le pays d'exécution. Il faut donc rejeter la loi du pays d'exécution, et on se trouve amené à reconnaître que la seule loi compétente pour régler la forme d'un acte, est la loi du pays où cet acte est fait : l'acte sera valable partout, pourvu qu'il soit fait dans la forme exigée par cette loi. C'est le vieil adage qu'avaient admis les anciens auteurs : *Locus regit actum*, et cet adage est accepté aujourd'hui d'un commun accord par la jurisprudence de tous les pays. Si notre Code civil n'a pas posé expressément la règle, il en a du moins fait des applications dans les articles 47, 170 et 199¹ ; le Code prussien l'a établie dans son article 111 (part. I, tit. V) et le Code civil italien dans l'article 9, § 1, de ses dispositions générales.

Le contrat de mariage sera donc régi quant à la forme, par la règle *locus regit actum*. Cela a trait non seulement aux formalités accessoires, à l'officier public qui doit le recevoir, au nombre et la qualité des témoins, mais encore à la forme légale du contrat. Il en résulte qu'un contrat de mariage, passé dans un pays par acte sous seing privé conformément à la loi de ce pays, devra être considéré comme valablement fait même dans un lieu où la forme

¹ Dans le projet du Titre préliminaire du Code civil, l'art. 4 disait formellement : « La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés. » Cet article fut rejeté comme indiquant une vérité incontestable, et inutile à inscrire dans un Code fait pour la France. (*Rapport du tribun Andrieux*, Fenet, t. VI, p. 66.)

de la loi de 1850. La dame Guitton ayant acquis des parts de navires avec des deniers dotaux et ses copropriétaires étant tombés en faillite, la question se posa de savoir si le contrat de mariage établissant le régime dotal pouvait être opposé aux créanciers de la femme, nonobstant le défaut d'observation des articles 67 du Code de commerce, 76, 1391 et 1394 du Code civil. La Cour de Rennes, par un arrêt du 4 mars 1880¹, décida que le contrat de mariage était opposable aux tiers, « attendu qu'au moment où ce contrat a été passé, Paul Guitton habitait Sainte-Marie de Belem du Grand-Para (Brésil), où il exerçait la profession de commerçant ; que le contrat devait être passé et le mariage célébré suivant les formes de la loi brésilienne et non suivant les formes de la loi française (art. 47 C. civ.) ; que ni la loi du 10 juillet 1850, ni l'article 67 du Code de commerce n'étaient donc applicables. » Cet arrêt nous semble bien rendu en droit, car si les formalités de l'article 67 du Code de commerce et de la loi de 1850 sont établies dans l'intérêt des tiers, il n'en est pas moins vrai que ce sont des dispositions de forme, et que par conséquent la règle « *locus regit actum* » leur est applicable.

L'article 1396, premier alinéa, et l'article 1397, qui règlent comment doivent être faits les changements apportés au contrat de mariage avant la célébration du mariage, se rapportent aussi bien manifestement à la forme. Quant à l'article 1396, deuxième alinéa, il a trait aux conditions de validité intrinsèque dont nous aurons à parler plus tard.

Plus grandes sont les difficultés que soulèvent les articles 1394 et 1395, qui défendent de faire ou de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage.

¹ Dalloz, 1881, 2, 210. — *Journal du Droit international privé*, 1881, p. 153.

Est-ce là une règle de forme, ou une règle de fond ? Si on dit que c'est une règle de forme, quelle est la loi applicable, celle du lieu de la célébration du mariage, celle du contrat antérieur ou celle du contrat postérieur ? Doit-on considérer la loi du domicile matrimonial, à laquelle les époux sont censés avoir voulu se soumettre ? N'y a-t-il point là plutôt une question d'incapacité personnelle, venant de ce que les époux n'ont plus après le mariage la même liberté, et qu'ils peuvent avoir alors une grande influence l'un sur l'autre, et en abuser pour frauder les droits des tiers ?

Pour bien comprendre la question, il faut se pénétrer des motifs qui ont fait édicter la règle des articles 1394 et 1395. On peut en indiquer trois :

1^o Avant le mariage, les futurs époux sont sur un pied d'égalité parfaite, et jouissent vis-à-vis l'un de l'autre d'une entière liberté ; on a craint qu'après le mariage il n'en soit plus de même, et qu'un des époux n'abuse de son autorité sur l'autre pour lui dicter les dispositions de son contrat de mariage. Par la même raison, lorsqu'un contrat de mariage a été rédigé, on n'a pas voulu que les époux pussent modifier leurs conventions matrimoniales après le mariage (art. 1395) ;

2^o D'après la loi française, les donations entre époux pendant le mariage sont essentiellement révocables (art. 1096). Le législateur n'a pas voulu qu'on pût tourner cette règle en faisant après le mariage un contrat qui contiendrait des donations irrévocables ;

3^o Enfin le législateur a voulu dans l'intérêt des tiers, assurer la fixité des conventions matrimoniales et empêcher les époux de commettre des fraudes à leur égard, en modifiant après le mariage la condition de leurs biens.

Ceci dit, voyons les différentes opinions qui se sont produites.

de la loi de 1850. La dame Guitton ayant acquis des parts de navires avec des deniers dotaux et ses copropriétaires étant tombés en faillite, la question se posa de savoir si le contrat de mariage établissant le régime dotal pouvait être opposé aux créanciers de la femme, nonobstant le défaut d'observation des articles 67 du Code de commerce, 76, 1391 et 1394 du Code civil. La Cour de Rennes, par un arrêt du 4 mars 1880¹, décida que le contrat de mariage était opposable aux tiers, « attendu qu'au moment où ce contrat a été passé, Paul Guitton habitait Sainte-Marie de Belem du Grand-Para (Brésil), où il exerçait la profession de commerçant ; que le contrat devait être passé et le mariage célébré suivant les formes de la loi brésilienne et non suivant les formes de la loi française (art. 47 C. civ.) ; que ni la loi du 10 juillet 1850, ni l'article 67 du Code de commerce n'étaient donc applicables. » Cet arrêt nous semble bien rendu en droit, car si les formalités de l'article 67 du Code de commerce et de la loi de 1850 sont établies dans l'intérêt des tiers, il n'en est pas moins vrai que ce sont des dispositions de forme, et que par conséquent la règle « *locus regit actum* » leur est applicable.

L'article 1396, premier alinéa, et l'article 1397, qui règlent comment doivent être faits les changements apportés au contrat de mariage avant la célébration du mariage, se rapportent aussi bien manifestement à la forme. Quant à l'article 1396, deuxième alinéa, il a trait aux conditions de validité intrinsèque dont nous aurons à parler plus tard.

Plus grandes sont les difficultés que soulèvent les articles 1394 et 1395, qui défendent de faire ou de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage.

¹ Dalloz, 1881, 2, 210. — *Journal du Droit international privé*, 1881, p. 153.

Est-ce là une règle de forme, ou une règle de fond ? Si on dit que c'est une règle de forme, quelle est la loi applicable, celle du lieu de la célébration du mariage, celle du contrat antérieur ou celle du contrat postérieur ? Doit-on considérer la loi du domicile matrimonial, à laquelle les époux sont censés avoir voulu se soumettre ? N'y a-t-il point là plutôt une question d'incapacité personnelle, venant de ce que les époux n'ont plus après le mariage la même liberté, et qu'ils peuvent avoir alors une grande influence l'un sur l'autre, et en abuser pour frauder les droits des tiers ?

Pour bien comprendre la question, il faut se pénétrer des motifs qui ont fait édicter la règle des articles 1394 et 1395. On peut en indiquer trois :

1^o Avant le mariage, les futurs époux sont sur un pied d'égalité parfaite, et jouissent vis-à-vis l'un de l'autre d'une entière liberté ; on a craint qu'après le mariage il n'en soit plus de même, et qu'un des époux n'abuse de son autorité sur l'autre pour lui dicter les dispositions de son contrat de mariage. Par la même raison, lorsqu'un contrat de mariage a été rédigé, on n'a pas voulu que les époux pussent modifier leurs conventions matrimoniales après le mariage (art. 1395) ;

2^o D'après la loi française, les donations entre époux pendant le mariage sont essentiellement révocables (art. 1096). Le législateur n'a pas voulu qu'on pût tourner cette règle en faisant après le mariage un contrat qui contiendrait des donations irrévocables ;

3^o Enfin le législateur a voulu dans l'intérêt des tiers, assurer la fixité des conventions matrimoniales et empêcher les époux de commettre des fraudes à leur égard, en modifiant après le mariage la condition de leurs biens.

Ceci dit, voyons les différentes opinions qui se sont produites.

Notre jurisprudence, et particulièrement la Cour de cassation, applique aux dispositions des articles 1394 et 1395 la règle : *locus regit actum*. Ainsi, il a été décidé plusieurs fois que des Français se mariant en Espagne pouvaient rédiger leurs conventions matrimoniales après le mariage, contrairement à la prohibition de la loi française et conformément à la loi espagnole. (Montpellier, 25 avril 1855. *Dalloz*, 1845, 2, 36. — Toulouse, 7 mai 1866. *Dalloz*, 1866, 2, 109. — Cass., 24 décembre 1867. *Sirey*, 1868, 1, 134.) De même un arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 1855 (*Dalloz*, 1856, 1, 9), a statué qu'un Français épousant une Italienne à Florence, avait pu faire rédiger un contrat de mariage après la célébration du mariage, le droit romain étant alors en vigueur en Toscane. D'après ces arrêts, la règle des articles 1394 et 1395 n'est pas une règle de capacité, régie par le statut personnel, mais une règle de forme, soumise à la loi du contrat, et l'époque des conventions matrimoniales est réglée par la maxime *locus regit actum*.

Cette opinion, qui est enseignée par plusieurs auteurs ¹, nous semble inadmissible. Les motifs qui ont fait édicter les articles 1394 et 1395 montrent bien qu'il s'agit là, non d'une condition de forme, mais d'une condition de fond. Il est très vrai que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont faits; mais quand le législateur, dans un but de protection pour les époux, leur défend de faire leur contrat de mariage après le mariage, il ne pose pas une règle de forme, et la maxime *locus regit actum* doit être écartée. Il y a deux dispositions distinctes dans l'article 1394. D'après la première, toutes conventions matrimoniales seront rédigées devant notaire :

¹ Troplong, *Contrat de Mariage*, t. I, § 179. — Aubry et Rau, t. V, § 503 bis, 1^o p. 252. — Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, n^{os} 99 et 191.

c'est là une pure condition de forme. Mais l'article ajoute que ces conventions devront être faites avant le mariage ; c'est là une règle qui ne touche plus seulement à la forme. mais au fond, à la validité même du contrat, et la règle *locus regit actum* doit être écartée.

M. Laurent soutient un autre système. Suivant lui ¹, l'époque à laquelle doivent être rédigées les conventions matrimoniales tient à la solennité du contrat de mariage. Or tout ce qui tient aux solennités doit, selon M. Laurent, être observé en pays étranger ; un Français en Espagne ne pourrait donc pas rédiger son contrat de mariage après la célébration du mariage, contrairement à la règle de l'article 1394. Cette opinion est la conséquence d'une doctrine générale admise par M. Laurent, à savoir que dans les contrats solennels, les formes prescrites sont de l'essence du contrat ². Nous avons déjà dit que ce principe nous paraît inexact, et que la solennité des actes est une question de forme. C'est donc autrement qu'il faut maintenir l'application des articles 1394 et 1395 à des Français passant leur contrat de mariage à l'étranger.

Pour nous, le fondement de la prohibition de nos articles est dans une cause d'incapacité personnelle. Le législateur a voulu assurer la liberté et l'indépendance des époux, il a voulu les empêcher de se faire pendant le mariage des donations irrévocables. En un mot, il a voulu accorder aux époux une protection contre leur propre entraînement et leur propre faiblesse. Une règle qui a de tels fondements semble bien une règle de capacité. Or les règles de capacité suivent les personnes à l'étranger. C'est pour cela qu'un Français en Espagne ne pourra pas rédiger ses

¹ Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XXI, n° 58. — *Droit civil international*, t. V, nos 213 et 214.

² Laurent, *Principes de Droit civil*, t. I, n° 99. — *Droit civil international*, t. II, nos 240 à 244.

conventions nuptiales après le mariage : mais par contre un Espagnol pourrait faire en France un contrat de mariage postérieur à la célébration du mariage. On pourrait peut-être soutenir contre cette dernière solution que la disposition des articles 1394 et 1395 est d'ordre public, et devrait être appliquée en France même aux étrangers¹, qu'elle a en effet pour but de garantir les tiers contre la fraude, en un mot que c'est une disposition de statut réel. M. Pasquale Fiore semble admettre cette doctrine, lorsqu'il dit que la loi nationale du mari, permettant d'augmenter la dot pendant le mariage, ne devrait pas être appliquée à des biens paraphernaux de la femme situés en Italie, où l'article 1391 du Code italien de 1865, analogue à notre article 1543, porte que la dot ne peut être constituée ni augmentée par les époux pendant le mariage². Nous n'irons pas jusque-là. L'article 1394 a surtout pour but de protéger les époux; ce n'est que subsidiairement que le législateur a pensé aux intérêts des tiers, qui doivent avoir la précaution de s'enquérir de l'état et de la capacité des personnes avec qui ils contractent. La disposition qui nous occupe ne peut donc pas être considérée comme une disposition d'ordre public applicable même aux étrangers en France, et ceux pour qui leur loi personnelle n'a pas jugé une telle protection nécessaire, pourront très bien rédiger en France leurs conventions matrimoniales postérieurement au mariage. Seulement remarquons que la fraude n'est jamais permise, et que si un contrat de mariage fait dans ces conditions avait pour but de tromper les tiers, il devrait évidemment, quant à ces tiers du moins, être déclaré nul.

¹ Un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 453), a en effet déclaré que la règle des art. 1394 et 1395 est une disposition d'ordre public.

² Fiore, *Droit international privé*, n° 333, p. 507.

Ainsi selon nous, la règle qui permet ou défend aux époux de faire leur contrat nuptial après le mariage, rentre dans les règles de capacité. Dire cela, c'est dire que la loi de chacun des époux, s'ils étaient de nationalité différente, devra être consultée, et que la rédaction du contrat après le mariage ne sera possible que si elle est permise à la fois et par la loi du mari et par celle de la femme. C'est ainsi qu'une femme française épousant un Espagnol par exemple ne pourra pas après le mariage faire un contrat de mariage, bien qu'elle soit devenue Espagnole en se mariant, et que la loi espagnole ne le lui défende pas.

On pourrait concevoir sur cette difficile question un cinquième système, qui a été soutenu ¹, c'est de s'en rapporter à la loi qui doit régler, quant au fond, le régime matrimonial des conjoints. Cette loi est, selon la majorité des auteurs, la loi du domicile matrimonial, à laquelle les conjoints se sont tacitement soumis. Sans prendre parti sur cette grave question, que nous aurons à examiner tout à l'heure, disons seulement que cette opinion ne nous semble pas rationnelle. Admettons que la loi qui doit régir quant au fond le contrat de mariage, s'il en a été rédigé un, et dans le cas contraire organiser le régime des biens entre époux, soit la loi du domicile matrimonial. Il n'en faudrait pas conclure que les époux qui ont adopté tacitement cette loi pourront en profiter pour faire ou pour modifier leur contrat de mariage après la célébration du mariage, contrairement à leur loi nationale. Ainsi des Français se sont fixés en Espagne (ou en Italie avant 1865), ils s'y sont mariés sans contrat et il résulte des circonstances qu'ils ont entendu y établir leur domicile

¹ Bellot des Minières, *Contrat de Mariage*, nos 304 et suiv. — Dalloz, sous l'arrêt du 11 juillet 1855 (1856, 1, 9).

matrimonial. Le régime de leurs biens sera réglé par la loi espagnole, soit ; mais pourront-ils, contrairement à l'article 1394, faire leur contrat de mariage postérieurement au mariage ? Non pas ! car cette règle est une de celles qui échappent à la convention. Auraient-ils pu en France se réserver expressément, dans un premier contrat, la faculté de le refaire ou de le modifier après le mariage ? Certainement non ; et il serait singulier que la convention tacite eût plus de force qu'une convention expresse. Il s'agit là d'une règle de protection pour les époux, d'une règle de capacité personnelle à laquelle ils ne peuvent se soustraire en passant les frontières. D'ailleurs, le système qui soumet le régime des biens entre époux à la loi du domicile matrimonial n'est pas admis par tout le monde, et si on reconnaît que c'est au contraire la loi nationale du mari qui doit fixer ce régime, la controverse n'a plus d'intérêt, et ce cinquième système conduit, à peu de chose près, aux mêmes conclusions que celui que nous avons adopté.

Pour en finir avec ce qui concerne les formes du contrat de mariage et la règle *locus regit actum*, disons quelques mots de la célèbre question de savoir si cette règle est impérative ou facultative. Le Français qui fait son contrat de mariage à l'étranger, dans un pays où de tels contrats se font par acte sous seing privé, pourra-t-il, s'il le préfère, employer la forme authentique, et réciproquement un étranger pourra-t-il en France rédiger ses conventions matrimoniales sous signature privée, conformément à la loi de son pays ? Un tel contrat serait-il valable dans le pays de celui qui l'a fait ? Il faut, selon nous, répondre affirmativement. La règle *locus regit actum* est facultative en ce sens, car c'est par faveur qu'on permet aux nationaux d'employer à l'étranger les formes du pays où ils se trouvent, pour faciliter la confection d'un acte. Mais il

n'en est pas moins vrai qu'en principe la soumission des individus aux lois de leur nation constitue toujours la règle. Ainsi un Français à l'étranger pourra faire son contrat de mariage dans les formes françaises, et ce contrat sera valable aux yeux des tribunaux français. Mais il faut s'arrêter là. S'il s'agit d'exécuter l'acte dans le pays où il a été fait, la règle *locus regit actum* est impérative, car la forme indiquée par la loi de ce pays est la condition de la validité de l'acte. Ainsi des étrangers sont en France ; ils font leur contrat de mariage par acte sous seing privé, conformément à la loi de leur pays. Cet acte, qui serait considéré comme valable dans leur pays, nous venons de le dire, peuvent-ils l'invoquer en France ? Il faut répondre négativement, avec la Cour de cassation, parce que, en l'absence d'un texte relatif à la forme des actes qui doivent être exécutés en France, « il est de principe de droit international que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et coutumes des pays où ils sont passés. » (Cassation, Req., 9 mars 1853. Sirey, 1853, 1, 274 ¹.)

¹ On a quelquefois invoqué contre cette solution l'art. 999 du Code civil, d'après lequel un Français en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, conformément à la loi française. Donc, dit-on, par analogie de motifs, il faut permettre à un étranger de faire en France un contrat de mariage d'après les règles de sa loi nationale. Ce raisonnement manque par la base : il n'y a pas identité entre les deux hypothèses. Dans l'art. 999, il s'agit d'invoquer *en France* un acte conforme à la loi française. Alors, nous l'avons vu, la règle *locus regit actum* peut être écartée. Mais lorsqu'il s'agit d'invoquer en France un acte fait d'après une loi étrangère, en l'absence d'un texte formel, la règle *locus regit actum* doit être considérée comme impérative.

III. — *Règles de validité intrinsèque du contrat de mariage.*

Un contrat de mariage est fait par des étrangers en France, ou par des Français à l'étranger. Les époux étaient capables d'après leur loi nationale de faire leurs conventions matrimoniales ; ce contrat est de plus par hypothèse valable en la forme, mais est-il valable au fond ? C'est là une nouvelle question, très importante, qu'il nous faut examiner.

Le contrat de mariage est une convention, soumise en principe aux règles des conventions ordinaires. Le principe, c'est la volonté des parties contractantes : le contrat fait la loi des parties. C'est la règle posée par l'article 1387 du Code civil. Mais cette liberté laissée aux contractants doit avoir des limites. Pour tous les contrats, il y a des restrictions apportées par la loi à la liberté absolue, restrictions fondées sur des motifs d'intérêt général et d'ordre public ; pour les contrats de mariage, on conçoit qu'il y ait des restrictions particulières imposées par l'intérêt social, par des considérations tenant à l'organisation du mariage lui-même et de la famille. D'ailleurs la liberté laissée aux époux pour leurs conventions matrimoniales est plus ou moins grande suivant les législations. En France les limitations posées à la volonté des parties sont peu nombreuses ; en Italie au contraire, le champ laissé à la libre convention des époux est assez restreint.

Ces différences entre les différentes législations donnent un grand intérêt à la question de savoir quelle sera, dans le droit international privé, la loi qui réglera les conditions de validité intrinsèque du contrat de mariage passé en pays étranger.

Il faut tout d'abord écarter du débat la loi du lieu où le contrat de mariage a été passé. C'est cette loi, nous l'avons vu, qui règle la forme extrinsèque de l'acte ; mais là doit s'arrêter son empire. La maxime *locus regit actum* n'a pas trait au fond des choses, à la validité des actes juridiques. Il est vrai que pour un contrat ordinaire, dans le doute entre plusieurs lois différentes, on appréciera la valeur même du contrat d'après la loi du lieu où l'acte a été passé. Mais ce n'est pas par application d'une règle impérative, mais en se référant, en l'absence de toute preuve contraire, à l'intention probable des parties contractantes. Cela est si vrai, que si elles appartenaient à la même nationalité, on chercherait une autre présomption, et on appliquerait de préférence leur loi nationale. Ce n'est donc pas la règle *locus regit actum* qui peut nous servir de guide.

Cela étant admis, et cela ne fait doute pour personne, d'après quels principes allons-nous décider de la validité d'un contrat de mariage fait en pays étranger ?

Deux systèmes sont en présence. D'après le premier, il faut se référer à la loi à laquelle les parties ont vraisemblablement voulu se soumettre, par leur établissement dans un lieu déterminé, c'est-à-dire à la loi du domicile matrimonial.

Deux Français se sont mariés en pays étranger, ils s'y sont établis, ils y ont vécu constamment depuis leur mariage. Leur contrat de mariage sera régi par la loi de ce pays étranger, c'est cette loi qui décidera de sa validité et en fixera les effets. Telle est l'intention probable des parties, qui ont voulu sans doute, en établissant leur domicile matrimonial dans un pays, soumettre aux lois de ce pays leurs intérêts pécuniaires, et qui, pour vivre de la vie de ceux qui les entourent, ont probablement modelé les clauses de leur contrat conformément aux lois et aux

mœurs de leur pays d'adoption. Il serait singulier que ce soit par d'autres lois et d'après d'autres mœurs qu'on apprécie la validité de ce contrat. D'ailleurs on applique ici le principe admis pour tous les contrats en général : ce principe est que les parties sont libres de choisir la loi qui régira leur convention. Pourquoi donnerait-on ici une règle différente ? Le contrat de mariage est un contrat pécuniaire, pour la rédaction duquel la plus grande liberté est laissée aux parties, au moins dans notre législation. Pourquoi ne laisserait-on pas aux parties, comme pour les autres contrats, le choix de la loi qui doit en déterminer la validité, surtout lorsque cette loi est celle du lieu où ils ont établi le siège de leur union et de leurs intérêts, où ils ont acquis des biens et résolu de vivre ? On le voit, dans ce système, on suit la loi du domicile matrimonial, non pas comme loi impérative, mais comme étant celle à laquelle les époux se sont tacitement soumis. Il faudra donc consulter la volonté des parties, interroger les faits et les circonstances, et de cet examen pourra résulter que les époux, tout en fixant à l'étranger leur domicile matrimonial, ont pu vouloir soumettre leur contrat de mariage à la loi nationale du mari. Alors on suivra leur volonté. Cela pourra arriver, notamment si les deux conjoints sont de même nationalité et ont rédigé leur contrat de mariage conformément à leur loi nationale. Mais dans le doute, c'est à la loi du domicile matrimonial qu'on s'en rapportera, comme étant la plus compétente pour fixer les règles de validité du contrat de mariage, surtout si les deux époux sont de nationalité différente.

Malgré la force de ces arguments, nous ne croyons pas ce système admissible dans le droit international actuel. Il ne faut pas se payer de mots. Le contrat de mariage est un contrat qui règle les biens, soit, mais ce n'est pas un contrat ordinaire. Il est intimement lié au mariage lui-

même, et toutes ses règles ont pour but d'en harmoniser les bases avec celles du mariage, et de concilier la liberté des époux avec les idées sociales qui président à l'organisation de l'union conjugale et de la famille. Toutes les restrictions qui sont apportées en cette matière à la liberté des futurs époux, sauf celles d'ordre public, tiennent à ces idées. Cela étant, il est impossible de régler le contrat de mariage par une autre loi que celle qui règle le mariage lui-même. Tel doit être notre point de départ.

Or quelle est la loi qui régit le mariage ? Nous ne voulons pas entrer dans la discussion de cette question, qui ne rentre pas dans notre sujet. On disait autrefois sous l'empire des statuts que c'était la loi du domicile du mari : mais aujourd'hui presque tous les auteurs s'accordent à dire que ce doit être la loi nationale du mari ; le mariage se lie d'une manière trop intime à l'organisation sociale d'un pays pour qu'on puisse permettre à des époux, restés citoyens de ce pays, de soumettre leur union à une loi étrangère.

C'est donc aussi à la loi nationale du mari qu'on devra se référer pour apprécier la validité intrinsèque du contrat de mariage. Rien de plus naturel : il s'agit d'apporter des restrictions à la volonté des époux : il ne peut dépendre d'eux de choisir la loi qui fixera ces restrictions. De plus, nous l'avons dit, la plupart de ces restrictions ont pour but d'empêcher que le contrat de mariage ne porte atteinte aux règles fondamentales du mariage et de la famille, qui sont les bases de toute société. Prenons le Code civil français. L'article 1387 pose d'abord le principe que les époux sont libres de régler comme il leur plaît, quant aux biens, l'association conjugale. Puis viennent les limitations légales imposées à la volonté des époux. Ces limitations sont de deux sortes. Les unes tiennent à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 1387), on bien encore à l'orga-

nisation de la propriété en France (art. 1389) : elles doivent par suite s'appliquer même aux étrangers en France, mais n'ont aucune force en dehors. (Art. 3, §§ 1 et 2.)

D'autres au contraire sont fondées sur l'idée que nous indiquions tout à l'heure, et ont pour but de sauvegarder l'application des règles fondamentales du mariage et de la famille, tels qu'ils sont organisés par la loi française. C'est ainsi que l'article 1388 décide que les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la puissance paternelle, et par celui de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation. Telle est encore la prohibition faite à la femme dotale de renoncer à son hypothèque légale, ou de la restreindre, si elle est mineure (art. 2140), et celle faite à la femme commune de renoncer à son droit d'option avant la dissolution du mariage. (Art. 1453.) Dans tous ces cas, et autres semblables, le législateur a pensé qu'il serait contraire à l'organisation de la famille et de l'union conjugale, de permettre aux époux, de porter atteinte par leur contrat de mariage aux droits du mari comme chef, à l'usufruit légal, ou à l'indépendance que la femme doit conserver dans une certaine limite vis-à-vis de son mari. On le voit, la réglementation du contrat de mariage tient essentiellement à la réglementation du mariage lui-même, et doit être soumise à la même loi. Dès lors nulle difficulté à admettre que le contrat de mariage des Français à l'étranger sera régi, quant à sa validité intrinsèque, par la loi française. Réciproquement le contrat de mariage des étrangers en France sera soumis, non à la loi française, mais à la loi étrangère. Ainsi le Code civil italien de 1865, dans son article 1433, défend aux époux de contracter d'autre commu-

nauté universelle que celle des acquêts : c'est que le législateur italien a pensé qu'une communauté universelle de tous biens serait contraire aux mœurs de son pays, aux rapports qui doivent exister entre époux, en un mot aux règles du mariage telles qu'il les comprenait. Aussi cet article devra-t-il être appliqué à des Italiens qui feraient leur contrat de mariage en France, et qui y seraient domiciliés. C'est donc d'après la loi nationale du mari, chef de l'association conjugale, et non d'après la loi du domicile matrimonial, qu'on doit apprécier la validité du contrat de mariage.

La jurisprudence semble pencher dans le sens opposé, et admettre le premier système. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1857¹ a admis que des Italiens se mariant en France pouvaient valablement, pour les immeubles de France, stipuler la communauté, contrairement aux dispositions de leur loi nationale. Dans l'espèce, il s'agissait du Code sarde, qui contenait une disposition analogue à celle du Code italien de 1865. Un Sarde avait épousé une Française sans contrat et avait établi son domicile en France. La Cour de cassation admit que ces époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale, et cela malgré l'article 1573 du Code sarde, qui ne permettait pas aux époux de contracter d'autre communauté universelle que celle des acquêts. La question était la même que si les époux avaient stipulé expressément la communauté française. La Cour de cassation écarte la loi sarde. Elle ne voit dans la disposition de cette loi qu'une disposition de statut réel, faite pour les biens de Savoie, mais non applicable en France. Selon nous, c'est un point de vue faux. Puisqu'il s'agit des conventions matrimoniales d'époux étrangers, c'est à la loi étrangère qu'il faut se rapporter

¹ Dalloz, 1857, 1, 102.

pour en régler la validité. C'est ce qu'enseigne M. Fiore pour l'application de l'article 1433 du Code italien ¹.

Ainsi d'après nous, c'est la loi nationale du mari qui doit être considérée pour apprécier la validité intrinsèque des conventions matrimoniales. Par application de ce principe, des Français se mariant à l'étranger, jouiront de la plus grande liberté pour organiser leur régime matrimonial, conformément à l'article 1387 du Code civil, et cette liberté ne souffrira que les restrictions qui y sont apportées par la loi française. Ils pourront soit en fixer eux-mêmes toutes les règles en détail, soit se référer en bloc à tel régime organisé par la loi française, soit même emprunter ce régime à telle ou telle législation étrangère. On pourrait invoquer contre cette dernière solution l'article 1390 du Code civil, qui défend aux époux de stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux autrefois en usage sur le territoire français, sauf à en insérer les textes dans leur contrat, comme manifestation de leur volonté individuelle. Mais il ne faut pas argumenter d'un cas à l'autre. La disposition prohibitive de l'article 1390 est fondée sur un motif tout spécial, qui est d'empêcher les particuliers de faire revivre, par des références générales, des coutumes abrogées. Ce motif n'existe pas en face d'une législation étrangère, et des Français pourraient très bien dire en termes généraux qu'ils entendent adopter le régime matrimonial d'une loi étrangère, car il n'y a pas de prohibition pour ce cas spécial ².

Remarquons que tous les auteurs qui soutiennent que c'est la loi du domicile du mari qui doit régir le mariage, admettent que c'est cette même loi qui gouvernera le con-

¹ Pasquale Fiore, *Droit international privé*, n° 328.

² Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, t. V, p. 274 et note 23 (4^e édit.)

trat de mariage. Ce système n'est pas en contradiction avec le nôtre, et au contraire il le confirme, puisque notre point de départ, c'est que c'est en principe la même loi qui doit régir le mariage lui-même et les conventions matrimoniales. Pour avoir une doctrine opposée, il faut donc supposer, comme nous l'avons fait, que la loi du domicile matrimonial est applicable en vertu d'une soumission tacite des parties contractantes.

IV. — *Interprétation du contrat de mariage.*

Sur ce point nous avons peu de chose à dire. On suivra les règles générales pour l'interprétation des conventions. Avant tout on tâchera de déterminer la volonté des parties, et on pourra l'induire soit des clauses du contrat, soit des circonstances.

Mais à défaut d'indices suffisants, c'est selon nous d'après la loi nationale du mari qu'on interprétera le contrat de mariage. Au contraire, selon nos adversaires, ce sera d'après la loi du domicile matrimonial.

V. — *Étendue d'application du contrat de mariage.*

Il est de principe qu'une convention légalement formée et valable en soi doit produire son effet partout. Cette règle générale est applicable au contrat de mariage comme à tout autre contrat. Donc un contrat de mariage valablement fait doit avoir son effet sur tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils soient situés. Nous avons vu que dès l'ancien droit, et malgré le préjugé longtemps existant de la réalité des coutumes, ce principe avait été reconnu par tous, en cas d'un contrat de mariage formel. On n'aura

donc pas à se préoccuper des prohibitions de la loi locale, du moins tant que l'ordre public ne sera pas en jeu. Ainsi supposons un contrat de mariage fait à l'étranger, et dans lequel les époux ont stipulé le régime de séparation de biens, avec pouvoir pour la femme d'administrer librement ses biens, indépendamment de toute autorisation ; ou bien le régime adopté est le régime de communauté, mais il est interdit à la femme de renoncer à la communauté. Un tel contrat sera applicable même en France et devra être exécuté même sur des biens français, bien qu'il contienne des dispositions contraires à la loi française.

A l'inverse, un contrat de mariage stipulant le régime de la communauté légale, ou le régime de séparation de biens, tels qu'ils sont réglés par la loi française, devra être reconnu valable à l'étranger.

Mais pour bien comprendre la question il faut aller plus loin et se placer en face de deux législations qui non seulement comportent des différences de détail, mais qui sont d'un esprit totalement opposé, dont l'une, par exemple, établit le régime de communauté sans parler du régime dotal, et l'autre le régime dotal sans parler du régime de communauté. C'était dans l'ancien droit la situation respective de la coutume de Paris et des pays de droit écrit. On se demandait si un contrat de mariage fait sous l'empire de la coutume de Paris était applicable même sur des biens situés en pays de droit écrit ; on l'avait admis assez facilement, même en présence d'une coutume prohibitive de la communauté, par ce principe que la convention doit avoir effet partout. C'est ce qu'on exprimait en disant que les conventions matrimoniales expresses appartenaient au statut personnel. Aujourd'hui la même question se présenterait entre les pays qui admettent comme règle la communauté, et ceux au contraire qui établissent le régime dotal : elle devrait être résolue de la même manière. Toute

la difficulté est de savoir si les règles du régime dotal rentrent dans le statut réel, et doivent par suite être appliquées à tous les immeubles sur le territoire, ou si au contraire la dotalité tient à des considérations personnelles et doit suivre partout la personne, en échappant à la loi de la situation des biens. Certains auteurs et plusieurs arrêts suivent le premier système, mais le second doit être préféré selon nous. Comme la même question se présente au cas où il n'y a pas de contrat de mariage, nous nous réservons de l'examiner tout au long dans le deuxième chapitre.

Si en général les dispositions d'un contrat de mariage doivent recevoir leur application partout où les époux ont des biens, il ne faudrait cependant pas entendre cette règle d'une façon trop absolue. Il y a des lois qui sont faites pour tous les habitants du territoire et qui doivent être appliquées même aux étrangers sur ce territoire. Le contrat de mariage, même rédigé en pays étranger et par des époux étrangers, ne pourra enfreindre ces lois. Telles sont d'abord les lois de police et de sûreté, toutes celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 3, § 1, C. C.) ; puis celles qui ont pour objet principal et direct de régler la condition juridique des biens, ou tout au moins des immeubles (art. 3, § 2) ; telles sont enfin les lois qui pourvoient à l'intérêt des tiers, pour sauvegarder leurs droits ou leur accorder des garanties spéciales contre les actes des parties contractantes. Ainsi un contrat de mariage qui contiendrait une substitution, ne pourrait pas être exécuté pour ce point spécial sur des immeubles de France, l'article 896 du Code civil prohibant dans un intérêt public les substitutions. De même un contrat de mariage ne pourrait pas, pour des immeubles français, établir un démembrement de propriété qui ne serait pas admis par la loi française. Des époux étrangers ne pour-

raient pas non plus se prévaloir en France à l'égard des tiers d'une hypothèque conférée par leur contrat de mariage sur un immeuble français, s'ils avaient négligé de la faire inscrire, quelles que soient d'ailleurs les dispositions de leur loi nationale relativement à la publicité des hypothèques.

CHAPITRE II

Du cas où les époux n'ont pas fait de contrat de mariage.

C'est surtout dans ce cas que se rencontrent de grandes difficultés pour déterminer la loi à laquelle doit être soumis le régime matrimonial des époux. C'est là que le conflit des lois présente une gravité particulière, en même temps que les textes positifs manquent au jurisconsulte pour le guider dans ses recherches. Lorsque les parties ont dressé un contrat de mariage, c'est à ce contrat qu'il faut se référer, la liberté des conventions matrimoniales étant un principe généralement reconnu dans les législations modernes, quoique plus ou moins largement interprété. Il ne reste plus alors qu'à déterminer les conditions de validité du contrat de mariage et à fixer les limites que la volonté des contractants ne saurait dépasser. Mais lorsque les époux ont gardé le silence et qu'il faut voir quelle sera, dans le droit international privé, et en présence de lois multiples et variées, la loi qui établira le régime de leurs biens, la souveraineté rivale des États, la variété des légis-

lations, l'incertitude où l'on est de la volonté des contractants, enfin la nécessité de combiner la liberté individuelle avec les intérêts sociaux et économiques qui sont en jeu, sont autant de difficultés qui viennent compliquer et obscurcir la question. Le conflit des lois étrangères a donc ici une importance qu'il n'avait pas dans le premier cas, et c'est là aussi que les contestations seront les plus fréquentes dans la pratique. Aussi presque tous les arrêts qui sont intervenus à propos du régime matrimonial d'étrangers en France, ou de Français à l'étranger, supposent que les époux sont mariés sans contrat de mariage.

Nous nous efforcerons de poser quelques principes, sans nous flatter d'apporter la lumière dans ce grave débat. Nous rechercherons d'abord quelle doit être la loi applicable en principe, au point de vue du droit international privé, à des époux qui se sont mariés sans contrat ; puis nous verrons si cette loi doit être modifiée par l'effet d'un changement de domicile ou de nationalité des époux ; enfin nous nous demanderons dans quelle mesure cette loi doit être applicable en pays étranger.

I. — *Loi applicable en principe.*

Nous avons vu que dans l'ancien droit le conflit se produisait entre la loi du domicile des époux et celle de la situation des biens. La question rentrait donc dans le fameux débat entre le statut personnel et le statut réel. Aujourd'hui elle ne se présente plus dans les mêmes termes. On reconnaît en général, et sauf certains points particuliers, que la loi qui doit régir l'association conjugale quant aux biens est une loi personnelle, c'est-à-dire qui doit suivre partout la personne, et s'appliquer à tous ses biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Cependant

l'ancienne idée de la réalité des lois, en ce qui concerne les immeubles, a conservé, comme nous le verrons, une grande influence dans la jurisprudence anglo-américaine.

A proprement parler, quand on recherche quelle est la loi qui fixe le régime matrimonial des époux, il n'est question ni de statut personnel, ni de statut réel. Sous l'empire des anciennes idées, on est trop porté à se servir de ces mots, et à faire tout rentrer soit dans le statut personnel, soit dans le statut réel. Une telle distinction n'est pas admissible d'une façon générale dans le droit international actuel. Si on tient à la conserver, il faut la laisser dans les limites étroites que lui ont fixées les législations modernes. Le principe est dans l'article 3 du Code civil : les lois concernant l'état et la capacité des personnes, voilà le statut personnel ; les lois qui règlent la condition juridique des biens pris en eux-mêmes, forment au contraire le statut réel. La distinction est étrangère à toutes les lois qui ne règlent pas un de ces deux points spéciaux⁴. De plus cette théorie a un point de départ inexact : c'est de regarder en principe les lois comme réelles, les lois personnelles formant des exceptions, et c'est plutôt l'inverse qui serait la vérité : les lois sont essentiellement personnelles, sauf les exceptions à introduire pour sauvegarder la souveraineté de la loi territoriale. En réalité, beaucoup de lois ne sont ni personnelles ni réelles ; sans parler de celles qui règlent la forme extérieure des actes, et des lois pénales, qui échappent évidemment à la distinction, il y a beaucoup de lois qui s'occupent en même temps des personnes et des biens. Telle est au premier chef la loi qui règle les conventions matrimoniales. Le mieux est donc d'éviter les anciennes expressions de statut réel et

⁴ Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, 4^e édit., t. I, p. 85 et note 17.

statut personnel. Les rapports de droit sont trop complexes pour rentrer dans une formule unique. Il faut examiner isolément la situation à régler, et voir la loi qui doit s'y appliquer, même si c'est une loi étrangère, sauf si l'application de cette loi contrarie un principe d'ordre public.

Ceci dit, revenons à notre question spéciale. La loi qui doit régir les intérêts pécuniaires des époux est une loi unique, indépendante en principe de la situation des biens¹, mais quelle est cette loi unique ?

Il faut écarter d'abord la loi du lieu où a été célébré le mariage. La règle *locus regit actum* ne concerne que la forme extérieure des actes, et, nous l'avons dit déjà, la circonstance fortuite que le mariage a été célébré dans un lieu plutôt que dans un autre ne suffit pas, indépendamment de faits plus décisifs, à démontrer la volonté des époux de soumettre leurs personnes et leurs biens à la loi locale. Il faudra chercher ailleurs des éléments de décision. Le mariage, même en ce qui concerne les biens, ne saurait être considéré comme un contrat ordinaire. Aussi le système qui soumet les conventions matrimoniales à la loi du lieu de la célébration du mariage avait été presque unanimement repoussé dans l'ancien droit, et il ne doit pas avoir plus de crédit dans le droit moderne.

Cependant certains auteurs ont soutenu que chez les peuples de l'Orient, et d'après le droit musulman, le mariage doit être assimilé à un contrat de vente, les conventions matrimoniales tendant à fixer le prix payé par le mari pour obtenir le consentement des parents de la femme. Ils invoquent l'obligation pour le mari de doter sa femme, et cette phrase de Sidi Khalil : « La dot est comme un

¹ Nous verrons cependant, en parlant de l'étendue d'application de cette loi, qu'il y a quelques auteurs et quelques arrêts qui ont admis l'opinion contraire.

« prix de vente ¹. » D'après ce système, il faudrait assimiler le mariage à une vente, dans laquelle la femme représenterait la chose vendue, et la dot le prix de vente, et lui appliquer par conséquent la loi du lieu où le mariage aurait été passé. MM. Sautayra et Cherbonneau montrent au contraire que la dot, quoiqu'elle soit exigée par la loi musulmane pour la validité du mariage, bien loin de constituer un prix de vente, a été instituée pour conserver la dignité de l'union conjugale; le texte de Sidi Khalil qu'on invoque signifie seulement que le paiement de la dot est soumis aux mêmes conditions et aux mêmes règles générales que le paiement d'un prix de vente. Et ce qui prouve bien que la dot n'est pas un prix de vente, c'est qu'on décide que si le mari meurt ou répudie la femme avant la consommation du mariage, la dot est néanmoins exigible, quoique la prétendue chose vendue n'ait pas été livrée et ne puisse pas l'être ². Il n'est donc pas possible, même en droit musulman, d'assimiler le mariage à une vente.

La loi du contrat (*lex loci contractus*) étant ainsi écartée, sur quels principes allons-nous nous appuyer pour déterminer la loi qui fixera le régime matrimonial des époux? Le mariage, nous venons de le dire, même dans ses rapports avec les intérêts pécuniaires des époux, ne peut pas être assimilé aux autres conventions. C'est de là qu'il faut partir, pour tirer de ce principe toutes les conséquences qu'il comporte.

C'est seulement du régime des biens entre époux, des intérêts pécuniaires et économiques qui naissent du mariage, que nous avons à nous occuper. Or il y a un lien

¹ Meynier, *Études sur l'Islamisme et les Mariages arabes*, p. 152. — Perron, *Femmes arabes*, p. 171.

² Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman, Du Statut personnel et des successions*, t. I, p. 54 et 94.

étroit entre les intérêts économiques des époux et leurs intérêts moraux, entre le régime matrimonial et l'union conjugale elle-même. Sans doute le contrat de mariage n'a trait qu'à la fortune, aux biens matériels, aux droits pécuniaires des époux, mais il exerce sur la personne des époux, sur leurs rapports constants, sur leur vie tout entière une si grande influence, il tient de si près à l'organisation de la famille et de la société, qu'il ne peut être séparé complètement des règles fondamentales du mariage, ni laissé absolument à la discrétion des époux. « La loi
« qui le régit, dit Fiore, doit pourvoir au présent et à
« l'avenir, à l'intérêt public et à l'intérêt privé, à la prospérité de l'économie domestique, au patrimoine des
« enfants qui naîtront, aux tiers qui contracteront; elle
« doit harmoniser tout avec les principes qui gouvernent
« le mariage lui-même, lequel modifie la capacité, établit
« des rapports de subordination entre les époux, détermine leurs droits sur les biens et change par conséquent
« les conditions du crédit et les rapports des tiers avec
« les conjoints ¹. »

Ainsi le régime des biens entre époux a un rapport intime avec le mariage lui-même, et tient jusqu'à un certain point à l'ordre social. On comprend donc qu'en ces matières la convention ne peut être souveraine maîtresse, et doit être soumise à la sanction de la loi qui gouverne le mariage. C'est pourquoi nous avons dit qu'en cas de contrat de mariage formel, c'est la loi nationale du futur mari qui fixera les restrictions à apporter à la liberté absolue des époux. En l'absence d'un contrat de mariage, ce sera aussi, selon nous, et pour les mêmes raisons, la loi nationale du mari qu'on devra suivre pour déterminer

¹ Fiore, *Droit international privé* (trad. de M. Pradier-Fodéré), n° 325.

le régime matrimonial. Cela se comprend très bien. Qu'on laisse aux époux le droit de faire, dans les limites fixées par la loi nationale, leurs conventions matrimoniales, rien de mieux, puisqu'il ne s'agit en somme que d'intérêts privés et pécuniaires, et que le législateur est là pour sauvegarder les intérêts économiques et sociaux qui en dépendent. Mais lorsque les parties gardent le silence, lorsqu'elles ne profitent pas de la faculté qui leur est laissée, c'est à la loi nationale du mari, qui trace les règles du mariage et de la famille, à régler le régime matrimonial qui n'en est qu'une dépendance. Il serait bizarre et contradictoire qu'on laisse intervenir une loi étrangère, différente de celle qui régit le mariage, peut-être inspirée par des idées et des mœurs tout autres, et qui, à cause des rapports si grands que nous avons indiqués entre le mariage et le régime des biens, viendrait sans cesse heurter et contredire indirectement la loi nationale des époux.

Cependant la majorité des auteurs et la jurisprudence tout entière admettent une doctrine différente. Elle est fondée sur l'idée de convention tacite : c'est donc l'ancienne théorie de Dumoulin et de Pothier transportée dans le droit international moderne. Tout ce qui concerne le contrat de mariage et le régime des biens entre époux, dit-on, est laissé à la libre convention des contractants. (Art. 1387, C. C.) Par suite, lorsque la loi, à défaut de contrat, règle les droits pécuniaires des époux, ses dispositions doivent être considérées comme une convention tacite des conjoints, qui sont censés avoir adopté cette loi, par le seul fait qu'ils ne l'ont pas repoussée. C'est donc à l'intention des époux, manifestée par les circonstances, qu'il faut se référer, et dans le doute, c'est la loi du domicile matrimonial qu'il faut consulter pour régler leur patri-

moine¹. C'est la doctrine traditionnelle, qui doit être maintenue dans le droit actuel. Ainsi deux Français pourront être soumis au régime matrimonial d'un pays étranger, s'ils ont fixé dans ce pays le siège de leur association conjugale; à l'inverse, des étrangers mariés en France seront soumis à la communauté légale, s'il résulte des circonstances qu'ils ont entendu établir en France leur domicile matrimonial².

Ce système a pour lui de très forts arguments. On invoque d'abord la tradition. Dans l'ancien droit, nous l'avons vu, on admettait en général que le régime légal des biens entre époux venait d'une convention tacite, et on en concluait que la loi applicable est celle du domicile matrimonial. C'est sous l'empire de ces idées, dit-on, que le Code civil a été rédigé, et il a dû maintenir le principe de Dumoulin et de Pothier. La communauté légale de l'art. 1393 n'est donc qu'une communauté conventionnelle tacite. Tout le prouve, ajoute-t-on, et la rédaction de cet article, qui ne dispose pas en termes impératifs, et le principe très large de liberté posé par l'art. 1387, et la place du contrat de mariage en tête des principaux contrats, et enfin l'art. 1496, qui permet dans certains cas d'attaquer la communauté légale, pour atteinte à la réserve,

¹ Remarquons qu'ici la question de savoir si l'étranger peut avoir un domicile hors de son pays ne se présentera pas, car le domicile matrimonial est tout spécial : c'est le lieu où les époux ont entendu fixer le siège de leurs intérêts matrimoniaux, et ce domicile matrimonial peut exister indépendamment des conditions légales nécessaires pour constituer, suivant certains auteurs, un domicile véritable. (Aix, 12 mars 1878, *Sirey*, 1878, 2, 265.) — Consulter à ce sujet une dissertation de M. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1855, t. VI, p. 193 et suiv.

² V. not. Aubry et Rau, t. V, § 504 bis, p. 275. — Demolombe, t. I, n° 87. — Demangeat, *De la Condition civile des étrangers en France*, p. 377. — Rodière et Pont, *Contrat de Mariage*, t. I, n°s 33 à 36. — Arntz, *Cours de Droit civil*, t. III, n°s 549 et 550.

ce qui ne se comprendrait pas, si la communauté légale venait de la loi seule. Ainsi la communauté légale vient d'une convention tacite. S'il en est ainsi, des Français à l'étranger peuvent être soumis à un régime matrimonial étranger, s'il résulte des circonstances, et notamment de leur établissement à l'étranger, qu'ils ont eu l'intention d'adopter ce régime. Réciproquement des étrangers mariés et établis en France seront censés avoir voulu soumettre leurs biens au régime de la communauté légale. On suivra donc, dans ce conflit entre législations étrangères, la règle suivie autrefois dans le conflit des coutumes.

Malgré la puissance de ces arguments et l'autorité de ses défenseurs, nous ne croyons pas cette doctrine admissible. En somme, le grand argument de ce système est celui qu'on prétend tirer de la tradition. Il était unanimement admis, dit-on, à la fin du ^{xviii}^e siècle, que la communauté légale vient de la convention tacite, et qu'on doit suivre par conséquent pour déterminer le régime des époux, la loi du domicile matrimonial. Le Code civil a été rédigé sous l'empire de ces principes, les travaux préparatoires ne montrent pas qu'on ait voulu s'écarter en rien de l'opinion de Pothier, et l'art. 1387 porte que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales des parties. C'est donc qu'on a adopté l'ancien principe : le régime matrimonial vient toujours de la convention, expresse ou tacite, des époux.

La force de cette argumentation est plus apparente que réelle. Quand on invoque la tradition, on ne réfléchit pas que la question posée aujourd'hui n'est plus la même que jadis : autrefois la question se posait entre les diverses lois d'un même pays; il était naturel de s'en rapporter à la loi du domicile matrimonial, aucune question de nationalité n'étant en jeu. Il s'agissait seulement d'écarter la loi de la situation des biens, et de dominer le préjugé

très fort de la réalité des coutumes. Pour cela on imagina de dire qu'il y avait dans l'adoption de la communauté coutumière une convention tacite, et comme on admettait que la convention des parties a effet partout, on arrivait ainsi à triompher de la loi réelle. C'était très ingénieux, et cela ne présentait aucun inconvénient, puisque la loi de la situation étant mise de côté, aucun principe ne s'opposait plus à ce qu'on suivit la loi du domicile matrimonial, qui était la plus naturellement applicable.

Boullenois, qui avait approfondi ces matières, le remarquait, et cependant il croyait préférable de partir d'un autre point de vue, et de rattacher le régime matrimonial à la condition des époux. Mais cette rectification avait moins d'importance qu'elle n'en aurait aujourd'hui, car il arrivait toujours, quoique par un moyen différent, à donner comme règle la loi du domicile matrimonial. C'est encore au domicile qu'on s'attachera aujourd'hui, dans les pays soumis à des législations locales différentes, pour fixer le régime des biens entre époux.

Mais dans le conflit entre les législations de plusieurs États différents, la question n'est plus la même, et la loi du domicile doit être remplacée par la loi nationale. Un élément nouveau s'introduit, mal compris autrefois, la nationalité, et il faut en tenir compte. Le principe de la convention tacite n'est plus d'accord avec la loi de la condition des personnes, une nouvelle difficulté s'élève, et les éléments de discussion ne sont plus tout-à-fait les mêmes.

Même dans le droit interne, l'idée de convention tacite sur lequel on s'appuie pour expliquer le régime de communauté légale, est le plus souvent fausse. Prenons un mineur qui, par hypothèse, s'est marié avec le consentement des personnes appelées à consentir à son mariage, mais qui a fait un contrat de mariage sans leur assistance. Aux

termes de l'art. 1398, ce contrat n'est pas valable. Mais alors sous quel régime sera marié ce mineur? Grand est l'embarras de ceux qui rapportent le régime légal à une convention tacite des époux, car comment ce mineur, incapable de stipuler expressément son régime matrimonial, pourrait-il faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement? Nulle difficulté au contraire à lui appliquer la communauté légale, si on admet qu'elle est établie par le fait même de la loi. L'idée de convention tacite est même quelquefois absurde. Supposons que les futurs époux ont adopté par contrat formel un régime de séparation de biens; le contrat de mariage est annulé, par exemple pour vice de forme. Les époux seront alors mariés sous le régime de la communauté légale. Dira-t-on que c'est par l'effet de leur volonté tacite, alors qu'ils ont pris soin d'exprimer formellement leur intention contraire? Le système que nous combattons se trouvera également en défaut lorsque deux époux, ignorants de la loi, se sont abstenus de rédiger par écrit leurs conventions matrimoniales, mais qu'il résulte clairement des circonstances qu'ils ont entendu adopter un régime d'exclusion de communauté. Il est certain que l'art. 1393 leur est applicable, et qu'ils sont mariés sous le régime de la communauté légale, mais c'est par l'effet direct de la loi, et non par suite d'une convention tacite, que dément toute la vie des conjoints.

Telle semble bien avoir été l'idée du législateur. Au cours de la discussion au Conseil d'État sur l'article 7, l. III, t. X du Projet du Code civil (art. 1393 actuel), Portalis proposa de ne pas établir la communauté légale comme régime uniforme applicable à toute la France, mais de laisser aux parties le choix, indépendamment de tout contrat formel, entre la communauté et le régime dotal, suivant le pays qu'elles habitent. Cela aurait été consacrer

le système de la convention tacite. Mais cette idée fut vivement combattue, notamment par Treilhard et Tronchet; on remarqua qu'un tel système romprait l'uniformité de législation, que dans le silence des parties c'était à la loi à régler l'organisation des biens, en choisissant entre le régime dotal et le régime de communauté celui qui semblait le plus conforme à la nature du mariage et aux mœurs de la majorité des Français, et l'article 7 fut adopté sans modification, c'est-à-dire qu'on établit la communauté comme droit commun de tout le pays ¹.

C'est donc de la loi elle-même, et non de la volonté tacite des époux, que dérive la communauté légale. C'est assez laisser à la liberté des conventions que de permettre aux époux de choisir, par un contrat formel, leur régime matrimonial. S'ils ont gardé le silence, c'est qu'ils abdiquent cette faculté : la loi se met alors à leur place et dispose pour eux. S'il en est ainsi, si le règlement fait par la loi n'est facultatif qu'en ce sens que les époux peuvent ou l'accepter ou le repousser, mais qu'il doit s'appliquer nécessairement toutes les fois qu'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire, il est bien évident qu'en droit international, à défaut de contrat de mariage, c'est la loi du futur mari qu'il faut consulter pour savoir quelles règles régiront les biens des époux.

Quand bien même dans le droit interne on devrait considérer la communauté légale comme venant d'une convention tacite, il faudrait arriver à la même conclusion en ce qui concerne le droit international privé. Quand en effet on se demande quel régime légal sera applicable à des étrangers mariés en France ou à des Français mariés à l'étranger, on se trouve en présence de deux législations, peut-être très différentes, et d'après ce que nous avons dit

¹ Locré, *Législation de la France*, t. XIII, pp. 450-455, 202-206.

déjà, il semble impossible d'appliquer l'une aux intérêts moraux des époux, l'autre à leurs intérêts pécuniaires, car il y a entre ces deux matières un lien étroit qu'on ne saurait méconnaître. Aussi M. Brocher, qui concède, un peu trop facilement peut-être, que l'ancien principe de la convention tacite est maintenu dans le droit français actuel, tient-il ferme au contraire pour le repousser en théorie dans le droit international privé, et conclut-il en disant que « la meilleure règle à lui substituer serait d'admettre « qu'en l'absence d'un contrat valable, le régime serait « celui de la loi personnelle de l'époux au moment du mariage¹. »

C'est donc par la loi nationale des époux, ou plutôt par la loi nationale du mari, chef de l'association conjugale et de la famille qui va naître, loi qui d'ailleurs va devenir par le mariage celle de la femme (art. 12 et 19, C. c.), que sera déterminé le régime matrimonial auquel sont soumis les biens des époux. C'est la loi elle-même, et non une convention tacite des époux, qui établit ce régime, à défaut de contrat formel. D'ailleurs, même en partant comme nos adversaires du point de vue d'une convention tacite, il faudrait bien avouer que dans le doute, la loi à laquelle les époux ont dû naturellement penser, celle à laquelle ils se sont tacitement soumis, c'est la loi nationale du mari, car ils savaient que c'était celle qui allait devenir la loi de la femme et des enfants, celle qui régit leur union, celle qui est la mieux à même d'apprécier leurs intérêts et de sauvegarder leurs droits. Aussi c'est à cette conclusion qu'aboutit M. Laurent, en partant de l'idée d'une convention tacite ; seulement il admet logiquement que la volonté

¹ Brocher, *Nouveau Traité de Droit international privé*, n° 74, et comp. n° 82. — V. dans le même sens Fiore, *Droit international privé*, nos 326 et 330. — Clunet, *Journal de Droit international privé*, 1876, p. 183. — Renault, *Même recueil*, 1875, p. 426, note 1.

des époux étant souveraine maîtresse en cette matière, il peut résulter des faits et des circonstances que c'est une autre loi qui est applicable, par exemple celle du pays d'établissement ¹.

Ce qui est décisif dans la question, nous le répétons encore une fois parce que c'est le point capital du débat, c'est qu'il existe de tels rapports entre l'organisation des biens des époux, et l'organisation même de leur union et de leur famille, qu'il est impossible d'appliquer aux deux matières deux lois différentes. Aussi de même que dans un intérêt social il est nécessaire que la loi nationale du mari trace les règles qui doivent présider au mariage, de même il est raisonnable d'admettre qu'en matière de conventions matrimoniales la même loi intervienne, au moins pour tracer certaines limites et imposer certaines restrictions à la volonté des parties. Aussi tous les auteurs qui admettent que le mariage est régi par la loi du domicile du mari, soumettent à la même loi le régime de leurs biens ². Ce système, remarquons-le, est au fond le même que le nôtre. Il écarte l'idée d'une convention tacite, et soumet le régime des biens entre époux à la *loi personnelle* du mari. Seulement d'après ce système, cette loi personnelle se détermine par le domicile, tandis que selon nous elle doit se déterminer par la nationalité.

Nous avons vu dans le premier chapitre que la loi compétente pour apporter des restrictions à la liberté des conventions matrimoniales, pour décider de la validité d'un contrat de mariage, ne pouvait être que la loi nationale du futur mari, parce que ces restrictions ont surtout pour but

¹ Laurent, *Droit civil international*, t. V, n^{os} 204, 231 *in fine*, et 240.
— *Principes de Droit civil*, t. XXI, n^o 201.

² Not. Fœlix, *Traité du Droit international privé*, n^o 90.

de sauvegarder les principes fondamentaux de l'organisation sociale du pays. Si on admet cela, il est impossible d'appliquer une autre loi pour fixer, en l'absence d'un contrat, le régime matrimonial des époux, sans quoi on tomberait dans un système boiteux qui ne reposerait sur rien de solide. Prenons des Italiens qui se marient en France. S'ils font un contrat de mariage formel et adoptent le régime de la communauté universelle, ce contrat ne sera pas valable, même pour des biens situés en France, parce que la loi italienne a prohibé ce régime, considéré, à tort ou à raison, comme contraire aux mœurs et aux intérêts des Italiens. (Art. 1433 du Code italien de 1865.) Supposons que ces Italiens n'ont pas fait de contrat, mais qu'ils sont établis en France, et qu'il résulte des circonstances qu'ils ont entendu adopter le régime de la communauté légale établi comme droit commun de la France. Si on appliquait le principe de la convention tacite, il arriverait que ces époux Italiens pourraient ainsi, contrairement à l'article 1433 du Code de 1865, adopter une autre communauté que celle des acquêts, et faire par voie indirecte, au moins pour leurs biens français, ce qu'ils ne pourraient pas faire directement par un contrat formel.

La loi qui détermine, à défaut de contrat, le régime matrimonial des époux est donc jusqu'à un certain point impérative, et elle est applicable à tous les nationaux, même établis en dehors du territoire et indépendamment des circonstances qui montreraient leur intention contraire. Cette conclusion n'est pas en opposition avec le principe de la liberté des conventions matrimoniales, posé par l'article 1387 de notre Code. Les futurs époux pouvaient repousser par un contrat formel le régime de droit commun, et composer à leur gré la loi de leurs droits pécuniaires. Cette faculté est accordée aux époux, dans des limites plus ou moins larges, par toutes les législations,

même par la loi italienne. Mais c'est assez respecter le principe de la liberté des conventions : les époux ayant gardé le silence, la loi a le droit et le devoir d'intervenir. Si on exige un écrit et une déclaration formelle pour qu'un Français puisse être soumis au régime dotal français (art. 1392), à plus forte raison est-il naturel d'exiger un écrit pour qu'un Français soit soumis à un régime matrimonial étranger. En d'autres termes, la convention tacite ne saurait avoir plus de force en droit international qu'elle n'en a dans le droit civil interne, et le mieux est de renoncer à une base si fragile. Lorsqu'il y a une convention, c'est elle qui est la règle : mais lorsque les parties n'ont pas fait de contrat, il n'y a pas de convention, il n'y a que la loi, et la loi seule est applicable. Or en dehors d'une convention tacite, on ne peut songer à la loi du domicile matrimonial. La loi qui doit déterminer le régime des biens entre époux est donc la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

Dans un cas particulier, il faudra modifier un peu la formule. C'est lorsque le mari a perdu sa nationalité sans en acquérir une nouvelle, ce qui arrivera assez rarement¹. On suivra alors, pour régler le régime matrimonial, la loi du domicile du mari.

Le système que nous proposons a l'avantage d'échapper aux incertitudes très grandes que présente le système du domicile matrimonial. Il n'est pas toujours facile en effet de déterminer l'intention des parties, et c'est pourtant uniquement de cette intention que dépend le domicile matrimonial, puisqu'il peut exister indépendamment du domicile

¹ Il faut supposer pour cela qu'un Français par exemple a perdu sa qualité de Français en acceptant des fonctions publiques à l'étranger, ou en s'y établissant définitivement (art. 17) sans pour cela réunir les conditions nécessaires pour être naturalisé dans le pays étranger.

réel. En s'attachant au contraire à la loi nationale, rien de plus simple que de savoir quelle est la nationalité des époux, et par suite quel est le régime matrimonial applicable à leurs biens.

Ces incertitudes se retrouvent dans la jurisprudence, qui, nous l'avons dit, part de l'idée d'une convention tacite et prend par suite pour règle la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire du lieu où les futurs conjoints se proposent de fixer le siège principal de leur union et où ils l'établissent en réalité après le mariage, que ce lieu soit ou non le domicile antérieur de l'un ou l'autre des époux. C'est ainsi que pour les étrangers domiciliés en France et mariés sans contrat de mariage, les cours et tribunaux décident qu'ils sont mariés sous le régime de la communauté légale. C'est en ce sens qu'a été rendu un arrêt de la Cour de Paris du 15 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 192), à propos du mariage d'un Hanovrien, établi depuis vingt ans à Paris, avec une Française sans contrat de mariage. On peut citer encore un arrêt de la Cour d'Aix, du 27 novembre 1854 (Dalloz, 1857, 2, 43), et un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 4 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 102) qui donnent la même décision, bien que dans les deux espèces le mari fût Italien, et que sa loi nationale prohibât la communauté. Depuis la jurisprudence ne s'est pas contredite¹. Mais il faut remarquer que dans plusieurs arrêts règne une certaine confusion, à cause de l'identité qui peut exister, et qui existe en effet la plupart du temps, entre le pays d'origine qui détermine la natio-

¹ Alger, 16 février 1867 (Sirey, 1868, 2, 48). — Cass., 3 juin 1874 (Dalloz, 1875, 1, 30). — Bordeaux, 23 février 1876 (*Journal du Droit international privé*, 1877, p. 237), et 24 mai 1876 (Dalloz, 1878, 2, 79). — Aix, 12 mars 1878 (Sirey, 1878, 2, 263). — Bordeaux, 18 janvier 1882, et Cass., 22 février 1882 (*Journal du Droit international privé*, 1882, p. 539). — Trib. corr. Seine, 25 janvier 1882 (*Journal du Droit international privé*, 1882, p. 74).

ualité, et le pays où est fixé le domicile du mari. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 juin 1875 (Daloz, 1876, 2, 143) décide que lorsqu'un Français épouse hors de France une étrangère sans faire de contrat de mariage, « c'est la *nationalité du mari, et par conséquent la loi de son domicile*, qui détermine pendant « tout le cours de l'union le régime conjugal¹. »

A l'inverse, lorsqu'un Français se marie en pays étranger, soit avec une Française, soit avec une étrangère, la jurisprudence admet que les biens des époux peuvent être soumis au régime de droit commun de ce pays étranger, s'il résulte des circonstances qu'ils ont voulu y fixer leur domicile matrimonial. — Ainsi un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 29 décembre 1836 (Daloz, 1837, 1, 93) a décidé qu'un Français habitant depuis longtemps l'Espagne, et s'y mariant même avec une Française, adoptait tacitement le régime matrimonial de droit commun en Espagne, s'il continuait à y résider et y avoir son principal établissement. De même il a été déclaré par un arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 1855 (Daloz, 1856, 1, 9) qu'un Français se mariant à Florence avec une Italienne, les biens des époux étaient soumis au régime dotal en usage en Toscane, où était fixé le domicile matrimonial, et non à la communauté légale, selon la loi française². Un arrêt récent donne la même décision³.

¹ Voir aussi Aix, 18 août 1870 (Daloz, 1872, 5, 123), et 8 novembre 1870 (Daloz, 1871, 2, 216).

² Dans l'espèce, il y avait eu un contrat de mariage postérieur à la célébration du mariage, et la Cour, considérant que la date du contrat de mariage est soumise à la règle *locus regit actum* (opinion que nous avons réfutée précédemment), invoque les clauses de ce contrat de mariage, valable suivant elle, pour confirmer l'adoption du régime dotal, qui, dans l'esprit de l'arrêt, résulterait suffisamment de l'intention des époux et de l'établissement du domicile matrimonial à Florence.

³ Aix, 22 février 1883 (journal *la Loi* du 25 mars 1883). — Cet arrêt

C'est donc, d'après la jurisprudence, une question d'intention, à déterminer d'après les circonstances de la cause, que celle de savoir quel est, à défaut de contrat, le régime matrimonial des époux, et dans le doute on s'attache au domicile matrimonial. Mais quelles seront ces circonstances suffisantes pour établir l'intention des époux ? Quels faits peuvent fixer le domicile matrimonial ? Là-dessus on rencontre de grandes incertitudes dans la jurisprudence comme dans la doctrine. L'autorisation demandée par l'étranger de fixer son domicile en France est sans doute une des présomptions les plus fortes de son intention de se soumettre à la loi française. Certains auteurs admettent même qu'il y est soumis de plein droit par le fait même de cette autorisation¹. C'est aller trop loin, car on doit regarder avant tout, dans ce système, l'intention des parties, et l'autorisation d'établir le domicile en France n'est qu'un élément propre à manifester son intention. Elle peut du reste résulter de faits moins décisifs. Ainsi plusieurs arrêts admettent qu'il suffit d'un longue résidence en France, indépendamment de toute autorisation du gouvernement. (Paris, 3 août 1849, D. 49, 2, 182 ; — Paris, 15 décembre 1853, D. 55, 2, 192 ; — Aix, 12 mars 1878, S. 78, 2, 265.) Mais tandis que quelques-uns se contentent de cette longue résidence, d'autres veulent qu'il s'y joigne quelque chose de plus, par exemple un établissement de commerce (Cass., 4 mars 1857, D. 57, 1, 102), une reconnaissance écrite (Aix, 27 novembre 1854,

confirme une décision du tribunal consulaire du Caire du 17 mars 1882, mais tandis que cette décision était fondée sur l'application de la règle *locus regit actum*, la Cour d'Aix a appuyé sa doctrine uniquement sur l'intention présumée des parties, manifestée par les circonstances : c'est l'opinion traditionnelle de la jurisprudence française.

¹ Odier, *Contrat de Mariage*, t. I, n° 46. — Arntz, *Cours de Droit civil*, t. III, n° 545.

D. 57, 2, 43), ou bien le fait d'avoir dans le pays la majeure partie de ses intérêts (Paris, 3 août 1849), ou d'avoir perdu l'esprit de retour dans le pays d'origine (Bordeaux, 2 juin 1875 ; S. 75, 2, 291). Tout cela n'est pas suffisamment clair. Un arrêt récent de la Cour d'Aix du 7 février 1882 (Sirey, 1883, 2, 110) déclare qu'il ne suffit pas que l'étranger ait déclaré être domicilié en France, « que le domicile le plus certain et le plus prolongé d'un « étranger en France ne serait pas à lui seul une preuve « suffisante de cette intention bizarre de garder sa nationalité et de répudier en même temps la loi de son pays, » et tant que cet étranger garde quelque attache dans son pays natal, il ne peut point être réputé avoir répudié sa loi nationale. Ainsi cet arrêt maintient bien le principe traditionnel de la convention tacite, mais il a bien l'air de poser en règle que dans le doute c'est à la loi nationale du mari que les époux doivent être censés s'être référés, non à la loi du domicile matrimonial. Plusieurs autres arrêts se prononcent aussi pour la loi nationale, d'après l'intention présumée des parties, manifestée par les circonstances ¹. Mais là encore il y a bien des doutes. Tantôt on estime que le fait d'avoir célébré son mariage devant le consul de sa nation, et non devant les autorités françaises, doit faire présumer l'intention de soustraire le régime des biens à la loi française ², tantôt que cela n'est pas suffisant pour montrer la volonté de rester soumis à la loi nationale ³.

On peut citer encore un arrêt assez curieux de la Cour de cassation, rendu à propos du mariage de deux Juifs

¹ Alger, 1^{er} mai 1867 (Sirey, 1868, 2, 49). — Cass., 18 août 1873 (Dalloz, 1874, 1, 258). — Marseille, 16 mars 1875 (*Journal du Droit international privé*, 1876, p. 182).

² Marseille, 16 mars 1875, et Cass., 18 août 1873 (V. note 1).

³ Alger, 16 février 1867 (Sirey, 1868, 2, 48).

algériens. D'après une ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 37), les indigènes algériens restent soumis pour leurs conventions à leur loi nationale, mais il leur est permis de renoncer à cette loi pour adopter la loi française : cette option d'ailleurs n'est pas soumise à une formule sacramentelle, et il suffit que l'intention des parties résulte clairement de la teneur ou de la nature de l'acte. Dans l'espèce qui donna lieu au procès, deux Israélites algériens, régulièrement soumis à la loi mosaïque, s'étaient mariés volontairement à la mairie de Blidah, devant l'officier de l'état-civil, et n'avaient pas fait de contrat de mariage. On se demanda à quel régime matrimonial étaient soumis leurs biens. La Cour de cassation décide que ces époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, parce que s'étant volontairement soumis à la loi française pour leur mariage, ils doivent avoir voulu aussi y soumettre le régime de leurs biens. C'est sans doute à titre de présomption de volonté que ce fait est invoqué par la Cour, mais l'arrêt est bien rendu au fond, puisqu'il soumet à la même loi, à défaut de contrat exprès, le mariage et les conventions matrimoniales, ce qui est, selon nous, le vrai point de vue, et nous devons retenir en notre faveur cet aveu de la Cour suprême. « que le mariage et le contrat de mariage, quoiqu'ils ne soient pas des actes du même ordre, et qu'ils aient chacun leurs règles propres et particulières, sont intimement liés l'un à l'autre, » et que les parties en se mariant « se soumettent aux dispositions de la loi française, non seulement pour le mariage considéré par rapport au lien personnel qu'il crée entre les époux, mais encore pour les règles de l'association conjugale quant aux biens ¹. »

On le voit, les incertitudes et les difficultés sont grandes

¹ Cass. req., 5 janvier 1876 (Sirey, 1876, 1, 308).

dans le système admis par la jurisprudence, et les mêmes obscurités se retrouvent chez les auteurs qui enseignent le même système. Comment saura-t-on l'intention des époux ? Savaient-ils même bien, au moment de la célébration du mariage, où ils iraient fixer leur domicile matrimonial ? Et en admettant même que leur intention à cet égard fût bien nette, la preuve des faits tendant à l'établir sera-t-elle toujours facile ? Si on ne peut déterminer leur intention par les circonstances, et qu'on s'attache dans la pratique au domicile que le mari avait au moment du mariage ou immédiatement après, ne craindra-t-on pas de violer la volonté intime des parties, et de s'éloigner du principe qui est la base même du système proposé ? M. Laurent s'est bien rendu compte de toutes ces difficultés, et il a cherché un moyen d'y remédier. Il voudrait qu'on exigeât des parties au moment de la célébration du mariage une déclaration analogue à celle que prescrit la loi du 10 juillet 1850 pour la date du contrat de mariage, et par laquelle ils feraient connaître à l'officier de l'état-civil la loi à laquelle ils entendent soumettre leur régime matrimonial¹. Mais cette solution, comme M. Laurent le remarque lui-même, n'est qu'une proposition théorique à l'adresse du législateur. Et d'ailleurs cette déclaration solennelle, enregistrée par l'officier public, ne serait plus une convention tacite, et ne laisserait pas plus de latitude à la volonté des époux que le contrat de mariage que nous exigeons dans notre système pour déroger à la loi nationale.

Si on s'en rapporte purement et simplement, en l'absence d'un contrat formel, à la loi nationale du futur mari pour fixer le régime des biens entre époux, on échappe à toutes les incertitudes que nous venons de signaler. Ce ne serait pas une raison suffisante pour rejeter le système de

¹ Laurent, *Droit civil international*, t. V, n° 203.

la convention tacite, si ce système reposait par ailleurs sur des bases solides, car les tribunaux sont faits pour trancher les difficultés de détail. Mais nous avons vu au contraire qu'au point de vue des vrais principes juridiques, à cause des liens étroits qui existent d'une part entre le régime matrimonial et le mariage lui-même, et d'autre part entre le mariage et les institutions sociales, la loi nationale du mari est seule compétente pour juger de la validité d'un contrat de mariage, et à défaut de contrat, pour organiser le régime des biens entre époux.

II. — *La loi qui régit les conventions matrimoniales change-t-elle en cas de changement de domicile ou de nationalité¹ ?*

Quelle que soit la loi qu'on adopte pour régler le régime des biens entre époux, que ce soit la loi nationale du mari ou celle du domicile matrimonial, il faut se demander quelle influence peut avoir sur cette loi un changement de domicile ou de nationalité intervenu au cours du mariage.

Nous avons vu que la question se posait déjà dans l'ancien droit, et qu'on admettait généralement qu'un changement de domicile ne pouvait avoir aucun effet sur le régime matrimonial adopté. Doit-il en être de même aujourd'hui ?

On pourrait se placer d'abord en présence d'un contrat de mariage. Alors la mutabilité ou l'immutabilité des con-

¹ Voir sur cette question une remarquable dissertation de M. Teichmann, professeur à l'Université de Bâle, publiée sous ce titre : *Ueber Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichene ehelichen Guterrechts bei Wohnsitzwechsel* (Bâle, 1879), et les observations faites à propos de ce travail par M. Arntz dans la *Revue de Droit international*, 1880, p. 323 et suiv.

ventions matrimoniales dépend évidemment de la loi à laquelle est soumis ce contrat de mariage. Si cette loi défend, comme le fait la loi française (art. 1395), d'y apporter aucune modification après la célébration du mariage, le contrat une fois fait sera immuable, indépendamment de tout changement de domicile ou de nationalité. Si au contraire cette loi laisse aux époux la faculté de modifier après le mariage leurs stipulations matrimoniales, le contrat pourra parfaitement être révoqué ou modifié du consentement mutuel des deux conjoints, même si la loi de leur nouveau pays défend les modifications. Mais il faudrait pour cela observer les formes prescrites dans le pays où on se trouve, et il ne faudrait pas admettre, du moins en général, pas plus dans cette deuxième hypothèse que dans la première, qu'un changement pourrait résulter d'un simple changement de domicile ou de nationalité. La convention en effet fait la loi des parties, et une convention expresse ne peut être révoquée que par une convention contraire.

La question que nous avons à résoudre a bien plus d'importance dans le cas où les parties n'ont pas fait de contrat de mariage. Alors en effet c'est, nous l'avons vu, soit à la loi du domicile, soit à la loi nationale des époux qu'on s'en rapporte pour fixer leur régime matrimonial. Si les époux viennent à changer par la suite soit de domicile, soit de patrie, un tel changement n'aura-t-il pas d'influence sur le régime de leurs biens?

Il y a deux cas où le doute n'est pas possible. On peut supposer, ce qui est toujours permis, que la loi du pays dans lequel les deux époux sont venus s'établir ou ont obtenu leur naturalisation, contient une disposition impérative, par laquelle on repousse toute législation étrangère pour régler le régime matrimonial et d'après laquelle on doit appliquer la loi locale à tous ceux qui se trouvent

sur le territoire, En présence de cette volonté absolue du législateur, il faudra bien écarter l'application du régime antérieurement admis par la première loi des époux, pour les soumettre uniquement à la loi de leur nouveau pays. En sens inverse, si la loi du nouveau domicile ou de la nouvelle patrie des époux établissait expressément le principe de l'immutabilité du régime matrimonial même établi en pays étranger, alors en vertu de cette disposition les étrangers qui fixeraient leur domicile ou se feraient naturaliser dans ce pays resteraient sans difficulté soumis à leur régime matrimonial primitif¹.

Mais les législations sont pauvres en dispositions de ce genre : on se borne en général à poser les principes du droit interne, et on laisse aux auteurs et aux tribunaux le soin d'élucider les questions de droit international. Il faut donc chercher la meilleure solution à donner en l'absence de textes précis.

De même qu'autrefois dans le conflit des statuts locaux, presque tous les auteurs modernes et presque tous les tribunaux posent dans le droit international privé le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales².

Ainsi la loi déterminée une fois pour toutes pour régir les biens des époux, quelle que soit d'ailleurs cette loi, ne change pas lorsque les époux changent eux-mêmes de domicile ou se font naturaliser à l'étranger. Ainsi un Espagnol, marié sous le régime dotal d'après la loi de son pays, vient-il s'établir en France, se fait-il même naturaliser Français, il continuera néanmoins à être régi par la loi espagnole, et ses biens, même ceux qu'il acquerra postérieurement au changement, ne seront pas communs.

¹ Arntz, *Revue de Droit international*, 1880, p. 325.

² Teichmann, *loc. cit.*, p. 24.

Mais si le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est généralement admis en droit international privé, les raisons qu'on invoque pour l'établir varient suivant le système adopté pour déterminer la loi du régime matrimonial.

Ceux qui se fondent sur une convention tacite des époux pour fixer d'après la loi du domicile matrimonial le régime de leurs biens, aboutissent très naturellement à refuser tout effet à un changement de domicile. Il est en effet de principe qu'un changement de domicile ou un changement de nationalité ne peut jamais porter atteinte aux relations contractuelles dans lesquelles deux personnes se sont engagées. La liberté de contracter étant une fois admise, — et elle est admise depuis longtemps chez toutes les nations civilisées, — les conventions conclues dans un pays seront considérées comme valables et obligatoires, aussi bien dans les pays voisins que sur le territoire où elles ont été faites. D'autre part la convention une fois formée, les événements étrangers à cette convention, tels que seraient un changement de domicile ou une naturalisation, sont sans effet sur elle. Ce principe général sera applicable à la convention expresse ou tacite qui a établi le régime des biens entre époux.

Dans le système que nous avons proposé, il faut recourir à d'autres raisonnements, mais on aboutira à la même conclusion. D'abord il est évident qu'on ne tiendra dans ce système aucun compte d'un changement de domicile, car ce serait permettre aux parties de porter atteinte à la souveraineté de la loi nationale, qui a réglé dans un intérêt social le régime de leurs biens. La difficulté n'est donc sérieuse qu'en cas de changement de nationalité, quand deux époux, s'étant mariés sans contrat sous l'empire de leur loi nationale, se font ensuite naturaliser dans un autre pays. On a alors en présence deux lois souveraines, et on

pourrait dire qu'il n'y a pas de bonnes raisons pour que la seconde cède devant la première, car il y a pour elle un intérêt général à régler le régime matrimonial de ces deux époux, devenus ses nationaux. Cependant, même dans ce système, il faut dire que le régime primitivement admis sera immuable, et on peut très bien justifier cette immutabilité.

Il faut distinguer deux hypothèses. Ou bien le mari seul s'est fait naturaliser à l'étranger, ou bien les deux époux ont tous deux, et d'un commun accord, demandé et obtenu la naturalisation.

Dans le premier cas, une première question se pose : c'est de savoir si la naturalisation du mari entraîne comme conséquence le changement de nationalité de sa femme. On reconnaît généralement que non. Peu importe d'ailleurs. Quel que soit le système admis, il faut dire que dans ce cas le régime matrimonial doit rester le même. Autrement on donnerait au mari le moyen de changer à son gré, peut-être au détriment de sa femme, et à coup sûr contre ses prévisions, le régime économique de leurs biens, contrairement aux idées de justice, d'égalité et d'indépendance réciproque qui doivent présider à l'organisation du régime matrimonial. Avant le mariage, la femme était libre de repousser en entier, ou de modifier par des conventions particulières le régime de droit commun admis par la loi du mari ; si ce dernier ne s'y prêtait pas, elle pouvait ne pas contracter le mariage. Après la célébration, la situation n'est plus la même. Si le mari pouvait par un changement de nationalité soumettre le régime des biens à une nouvelle loi, la femme n'aurait plus aucun moyen de l'exclure, car d'une part la loi française et beaucoup d'autres législations interdisent les conventions matrimoniales après le mariage, et d'autre part, ces conventions fussent-elles possibles, il faudrait toujours le consentement du mari.

La femme ne peut donc se voir enlever le bénéfice du régime primitif, surtout lorsque en refusant de se faire naturaliser, elle manifeste l'intention de rester soumise à l'ancienne loi du mari.

Supposons maintenant que les deux époux se sont fait naturaliser en même temps. Tous deux se soumettent volontairement à une nouvelle loi, et il n'y a plus de désaccord entre eux. Néanmoins il faut maintenir encore, même dans ce cas, l'immutabilité du régime matrimonial, au moins au point de vue de la loi française. Car le législateur a voulu qu'il y eût une grande fixité dans les rapports pécuniaires entre époux, et il n'a pas voulu qu'ils pussent, même d'un commun accord et par convention formelle, y apporter aucun changement après la célébration du mariage (Art. 1394 et 1395, C. C.). Les époux ne doivent pas pouvoir faire par voie détournée ce qu'ils ne pourraient pas faire directement, et c'est pourtant ce qui arriverait, si un changement de nationalité amenait un changement de régime. Dans l'esprit du législateur, le régime matrimonial une fois établi, soit par la convention, soit par la loi, doit être stable, tant dans l'intérêt des époux que dans l'intérêt des tiers, et il ne peut être changé après coup, ni directement, ni indirectement.

En d'autres termes, le régime matrimonial ne doit pas changer avec la nationalité, parce qu'il constitue pour les époux et pour les tiers, un *droit acquis*. Or un changement de nationalité, de même qu'un changement de domicile, ne peut pas porter atteinte à des droits acquis.

La jurisprudence française a plusieurs fois consacré le principe de l'immutabilité du régime matrimonial en présence d'un changement de domicile des époux. Un arrêt de la Cour de Lyon, du 28 décembre 1838 (Dalloz Alph., V. *Contrat de mariage*, n° 213), a décidé que deux individus s'étant mariés sans contrat à Turin en 1814, alors

que cette ville appartenait à la France, ils étaient restés soumis au régime de la communauté légale, bien que le Piémont ait été depuis enlevé à la France.

Un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 30 janvier 1854 (Dalloz 1854, 1, 61), contient une décision analogue. Deux Anglais, mariés en Angleterre sans contrat, qui ensuite s'étaient établis en France et y avaient acquis des biens, ont été reconnus par cet arrêt avoir conservé leur régime matrimonial anglais.

De même un arrêt de la Cour de Metz du 9 juin 1852 (Dalloz, 1852, 2, 189), a décidé que la nature des conventions matrimoniales, une fois déterminée par la loi du domicile matrimonial, ne pouvait pas être modifiée par une longue résidence des époux à l'étranger, ni même par une naturalisation acquise en pays étranger¹.

Ce système de la jurisprudence française est généralement admis à l'étranger. Remarquons toutefois dès maintenant que la jurisprudence anglo-américaine fait tache au milieu de cet accord général. Elle a conservé en effet les anciennes idées de territorialité, et en vertu de ces idées elle n'admet pas que les immeubles puissent être gouvernés par une autre loi que la loi locale : pour elle, le régime matrimonial est immuable quant aux biens mobiliers des époux, mais pour les immeubles on doit suivre la loi du nouveau domicile.

Le principe que nous avons posé comporte d'ailleurs certaines restrictions. Il faut toujours mettre de côté les lois d'ordre public, qui sont applicables à toutes personnes sur le territoire. Le régime matrimonial originaire des époux reste en vigueur dans les limites admises par les lois d'intérêt général du pays où ils se sont établis. Il en

¹ Voir aussi un arrêt de la Cour de Chambéry du 19 juin 1861 (Sirey, 1862, 2, 169).

sera de même, en cas de changement de nationalité, pour les lois qui règlent pour l'avenir l'état et la capacité des personnes. Par exemple, les époux se sont mariés sous l'empire d'une loi qui donne capacité pleine et entière à la femme de disposer de ses biens. Si les époux par la suite deviennent Français, la femme doit perdre sa capacité entière et rentrer dans les termes de l'art. 217 du Code civil. Elle pourra faire tous les actes qui lui sont permis par son régime matrimonial, mais pour certains de ces actes il lui faudra l'autorisation de son mari ou de justice. Car la loi qui admet l'incapacité de la femme est une loi générale qui s'applique à tous les Français.

III. — *Étendue d'application de la loi du régime matrimonial.*

Quel que soit le système suivi pour déterminer la loi qui régit les biens des époux, que cette loi soit la loi nationale du mari ou celle du domicile matrimonial, on admet en principe que cette loi suit les époux partout et régit tous leurs biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Nous avons vu que c'était la doctrine qui avait fini par prévaloir dans l'ancien droit. Elle doit être à plus forte raison admise aujourd'hui, où, contrairement à la règle primitive, on tend à considérer les lois comme étant en général personnelles. Ainsi le régime matrimonial adopté s'étendra à tous les biens des époux, meubles ou immeubles, sur le territoire soumis à la loi matrimoniale comme en dehors de ses limites. Cependant il faut faire ici une remarque analogue à celle que nous avons faite il y a un instant à propos du changement de domicile. En Angleterre et aux États-Unis on s'en tient encore, pour les immeubles, à la territorialité de la loi : c'est la loi locale qui régira tous les immeubles appartenant aux

époux, et le principe que nous venons de poser ne s'appliquera qu'aux meubles ¹. Mais c'est là un reste de droit féodal qui n'est plus de mise à notre époque, et la distinction est en général repoussée dans tous les autres pays modernes.

Ainsi en principe la loi qui fixe le régime matrimonial s'applique à tous les biens des époux, quelle que soit leur situation ². Ce système n'est pas admis par tous les auteurs, et la jurisprudence est très divisée sur cette question. Un arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1854, que nous avons déjà cité ³, décide très nettement que deux époux anglais sont mariés, même quant à leurs biens de France, sous le régime de droit commun de la législation anglaise, « attendu en droit, que la « femme anglaise qui se marie sans contrat n'est point « commune en biens ; que sa personne est absorbée par « celle de son mari, et qu'elle ne peut rien acquérir avec « lui ; que cette règle du mariage des époux Boyer les a « suivis en France lorsqu'ils sont venus s'y établir et « qu'ils y ont fait des acquisitions ; qu'elle a la même « force que si une convention formelle fût intervenue entre « les époux pour gouverner leur fortune. » Le jugement du tribunal de Lille contre lequel avait été formé le pourvoi donnait un autre motif qui nous semble excellent, c'est l'unité de législation qui doit exister pour les droits pécuniaires des époux : « attendu que l'association conjugale « ne saurait se trouver soumise à autant de législations « diverses qu'il y aurait de pays dans lesquels des époux « possédaient des biens. » (Lille, 12 décembre 1851.)

Mais un arrêt de la Cour de Metz du 9 juin 1852

¹ Westlake, *Journal du Droit international privé*, 1881, p. 315.

² Voir pour une application particulière de cette règle, *Journal du Droit international privé*, 1882, p. 293 et suiv.

³ Dalloz, 1854, 1, 61, et Sirey, 1854, 1, 268.

(Dalloz, 1852, 2, 190) avait posé le principe contraire, en admettant que des immeubles acquis par des époux français en Irlande n'entraient pas dans la communauté, mais appartenaient au mari, conformément à la loi anglaise, et cela parce que « il est de principe que les biens immeubles « sont toujours régis par le statut réel du lieu où ils sont « situés. »

La Cour de cassation, par un arrêt récent du 4 avril 1881¹, a suivi la même doctrine. Deux Américains de l'État de Virginie s'y étaient mariés sans contrat de mariage. D'après la loi de l'État de Virginie, la femme a droit à un douaire légal du tiers sur les biens de son mari; et ce douaire peut être augmenté par le mari. Dans l'espèce le mari, John Lesieur, avait acquis une maison à Paris, et il était mort laissant un testament qui contenait la disposition suivante : « Je donne et lègue la moitié des biens « laissés par moi, tant mobiliers qu'immobiliers, quels « qu'ils soient et où qu'ils soient, à ma dite épouse Éliisa, « pour les tenir et posséder pour son seul et exclusif « usage et pour ses héritiers et ayants-cause, à tout « jamais. Les dispositions qui précèdent sont pour tenir « lieu du droit de douaire ou du tiers, et de tout autre « droit lui revenant sur mes biens. » Du mariage étaient nés deux enfants. La veuve Lesieur réclama à titre de douaire la moitié de l'immeuble que son mari possédait à Paris. Le tribunal de la Seine, par un jugement du 24 août 1877, lui reconnut droit au tiers de cet immeuble, montant du douaire légal qui lui était reconnu par la loi américaine, les lois qui régissent l'association conjugale quant aux biens étant personnelles, et devant régir les biens des époux en quelque lieu qu'ils soient situés. Mais

¹ Dalloz, 1881, I, 381. — *Journal du Droit international privé*, 1881, p. 426, et 1882, p. 87.

le tribunal n'accordait pas à la femme le douaire de moitié, le surplus du tiers venant selon lui de la libéralité du mari, et cette libéralité ne pouvant être exécutée en France que dans les limites fixées par l'article 1094, C. c., pour la quotité disponible entre époux.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 6 mars 1879, rejeta ce système du tribunal de la Seine, et considérant que les immeubles français doivent être soumis à la loi française, elle refusa à la veuve Lesieur tout droit sur la maison de Paris en dehors du quart en propriété et du quart en usufruit que lui accorde l'article 1094. Sur pourvoi, la Cour de cassation admit la même doctrine par arrêt du 4 avril 1881. A l'appui de cette décision, la Cour de Paris et la Cour de cassation invoquent l'article 3, § 2 du Code civil : *les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française*. Le régime matrimonial des époux Lesieur est bien soumis à la loi américaine, mais le douaire qu'elle établit n'étant pas reconnu par la loi française, ne peut avoir son effet sur un immeuble situé en France ; c'est donc uniquement en vertu du testament de son mari que la veuve Lesieur peut réclamer une part de cet immeuble, mais elle doit subir toutes les restrictions apportées par la loi française au droit de disposition.

Cette jurisprudence nous semble très critiquable. Le douaire n'est pas admis en France, soit ; mais qu'importe ? On avoue que les droits pécuniaires des époux doivent être régis par la loi de leur pays. Dès lors toutes les dispositions qui concernent le régime matrimonial des époux doivent être réglées par la loi étrangère, et s'appliquer à tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils soient situés. Est-ce que cela n'aurait pas lieu en cas de contrat de mariage formel ? Pourquoi donner ici une autre décision ? C'est en vain qu'on invoque l'article 3, C. c. On l'entend d'une manière beaucoup trop étroite : il signifie

que les immeubles situés en France, même ceux appartenant à des étrangers, sont soumis à la loi française quand on les envisage en eux-mêmes, par exemple pour déterminer les droits réels dont ils sont susceptibles. Pour préciser la nature du droit qui existera sur l'immeuble français, l'article 3 sera applicable, mais pour décider si ce droit existe, et à qui il appartient, on peut avoir à appliquer une loi étrangère, et c'est ce qui arrive dans le cas qui nous occupe, quand la disposition de l'immeuble dépend des conventions matrimoniales, et que ces conventions matrimoniales sont réglées par une loi étrangère ¹.

Le point le plus délicat dans cette affaire était, une fois le douaire reconnu, d'en déterminer l'étendue. Le tribunal de la Seine, nous l'avons vu, l'a restreint au tiers, montant du douaire légal reconnu par la loi des époux, et a considéré que le surplus constituait une libéralité réductible. Il serait peut-être plus logique de ne pas diviser les deux dispositions. Si on reconnaît que la loi américaine est applicable, il faut l'appliquer en son entier. Or la loi américaine considère le douaire comme ayant toujours le même caractère, qu'il soit fixé par la loi elle-même ou par le mari. Rien n'autorise donc à considérer le douaire légal comme un droit matrimonial et l'augment de douaire comme une libéralité. Sur ce point le jugement du tribunal a donc mérité la critique de la Cour de Paris.

Ainsi en principe c'est la loi du régime matrimonial, loi que nous avons déterminée plus haut, qui régit tous les biens des époux, en quelque lieu qu'ils soient situés, et toutes les conséquences pécuniaires de leur union. Il faut cependant apporter quelques restrictions à la règle

¹ Voir sur cet arrêt et dans le sens que nous indiquons un article de M. Louis Renault, *Revue critique*, 1882, *Examen doctrinal*, p. 706 et suiv.

générale. Quelquefois on appliquera par exception la loi territoriale. Il en sera ainsi toutes les fois que la loi étrangère heurterait une disposition d'ordre public. Ainsi les tribunaux français ne pourraient pas permettre qu'un étranger invoquât la loi de son pays pour altérer le régime de la propriété ou la condition juridique des biens en France. De même c'est la loi française qui réglera la nature, les conditions et les effets du droit hypothécaire sur les immeubles français. Enfin on peut dire d'une manière générale que toutes les fois qu'une disposition d'un régime matrimonial étranger sera contraire à une loi d'ordre public ou d'intérêt économique, cette disposition ne pourra avoir effet en France.

Mais il y a des cas où le doute est possible. Nous avons déjà posé la question, à propos d'un contrat de mariage exprès, en ce qui concerne le régime dotal et l'inaliénabilité des biens de la femme. Si des étrangers sont mariés d'après leur loi nationale sous le régime dotal, et ont des biens en France, appliquera-t-on le régime dotal étranger, ou bien le régime dotal français ? Faudra-t-il consulter la loi personnelle étrangère, ou la loi locale française ? La question revient à savoir si le régime dotal, si l'inaliénabilité des biens de la femme qu'il introduit, est une de ces dispositions qui doivent être régies par la loi territoriale, par ce qu'on appelait autrefois le statut réel. La question est controversée depuis longtemps, et elle se pose aussi en présence d'un contrat de mariage. Dans l'ancien droit on avait fini par admettre, non sans de longues résistances, que le statut concernant le régime dotal est personnel. Froland le décidait ainsi quoique avec hésitation¹, et Bouhier se prononçait sans réserve en faveur de la per-

¹ Froland, *Mémoires sur les Statuts*, part. II, ch. XXI.

sonnalité, en mettant les scrupules de Froland sur le compte de ses préjugés de Normand ¹.

La controverse a persisté de nos jours, et on se demande encore, une fois reconnu que les époux sont mariés sous le régime dotal, quelle est la loi compétente pour déterminer quels biens seront dotaux, et quelle est la condition des biens dotaux. Les auteurs sont divisés sur cette question. Fœlix enseigne que *tout ce qui est relatif au régime dotal* rentre dans le statut réel ²; beaucoup d'autres jurisconsultes partagent cette opinion ³ et la jurisprudence presque entière est en ce sens ⁴.

En faveur de cette doctrine, on invoque l'article 3 du Code civil, et on dit que le statut est réel lorsqu'il a pour objet la disposition d'une espèce particulière de biens. Il faut donc pour voir si un immeuble acquis en France par des étrangers est dotal, et en quoi consiste cette dotalité, consulter la loi de la situation de cet immeuble, c'est-à-dire la loi française.

Nous croyons au contraire, avec M. Demangeat ⁵, que c'est à la loi personnelle des époux qu'il faudra s'en rapporter pour fixer la condition des biens dotaux. Nous avons remarqué déjà qu'il ne faut point accorder à l'article 3 une portée trop grande. On soumettra à la loi française d'après cet article tous les immeubles de France, même

¹ Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. xxvii, n^{os} 15, 16 et suiv.

² Fœlix, *Traité de Droit international privé*, t. I, n^o 60.

³ Troplong, *Contrat de Mariage*, t. IV, n^o 3317. — Duranton, t. I, n^o 83. — Marcadé, sur l'art. 3, n^o 72. — Massé, *Droit commercial*, t. I, n^o 548.

⁴ V. not. Cass. rej., 2 mai 1825 (Dalloz, 1825, 1, 311). — Paris, 15 mars 1831 (Sirey, 1831, 2, 237).

⁵ Demangeat, sur Fœlix, t. I, p. 124, note b, et p. 213, note a. — *Histoire de la Condition civile des étrangers en France*, n^o 82, pp. 378 et 379. — *Revue pratique*, 1856, t. I, pp. 60 et 61.

ceux appartenant à des étrangers, mais cela n'est vrai que pour les règles d'ordre public, pour celles qui tiennent à l'organisation de la propriété foncière. Tel n'est pas le caractère du régime dotal et de la défense faite à la femme ou au mari, dans ce régime, d'aliéner les biens dotaux. Les auteurs ont pu se laisser entraîner par la règle romaine : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere* ; mais dans le droit actuel le point de vue du législateur n'est plus le même. Il a voulu bien moins mettre hors du commerce une catégorie de biens, que donner à la femme une protection contre son mari et contre ses propres entraînements : en d'autres termes, l'inaliénabilité des biens dotaux constitue non une règle d'indisponibilité réelle des biens, mais une règle d'incapacité pour la femme. Ce qui le prouve, c'est qu'à certaines conditions les biens dotaux sont aliénables (Art. 1557 et 1558.)¹. Cela étant, il faut voir dans la prohibition d'aliéner les immeubles dotaux une disposition personnelle, et écarter du débat l'article 3 du Code civil².

Toutefois il faut faire une restriction. Si dans un pays le régime dotal était établi comme une mesure d'ordre public, pour la conservation des biens dans les familles, ou bien si, au contraire, l'inaliénabilité des biens dotaux était repoussée comme contraire à la circulation des biens, la loi locale ayant pour but de sauvegarder un intérêt d'ordre public et économique s'imposerait même aux étrangers. Mais au point de vue de la législation française,

¹ En droit français, un texte législatif confirme cette manière de voir. La loi du 10 juillet 1850 voulant soustraire les tiers aux inconvénients du régime dotal lorsque les époux auront tenu secret leur contrat de mariage, déclare que la femme dans ce cas sera réputée capable de contracter dans les termes du droit commun (art. 1394).

² Demolombe, t. I, §§ 85 et 86. — Aubry et Rau, t. I, § 31, p. 88. — Laurent, *Droit civil international*, t. V, n^{os} 224 et 226. — Chambéry, 19 juin 1861 (Sirey, 1862, 2. 169).

c'est la loi personnelle des époux qu'il faut appliquer au régime dotal. C'est cette loi qui déterminera quels biens sont dotaux, quelle est la condition de ces biens, dans quels cas ils échapperont aux règles prohibitives de la dotalité, enfin si les principes admis pour les immeubles dotaux seront applicables d'une façon quelconque à la dot mobilière.

C'est donc la loi étrangère qu'il faudra suivre en France pour organiser le régime dotal de deux époux étrangers, de même qu'à l'étranger c'est la loi française qui régira les biens dotaux de la femme française. En conséquence, si deux Italiens ont des biens en France, la prohibition de la loi italienne, qui interdit de stipuler la communauté universelle, atteindra ces biens : cette prohibition en effet est personnelle et suit les époux en pays étranger. La jurisprudence admet au contraire que cette prohibition est de statut réel, et n'a pas d'effet sur les immeubles français ¹.

IV. — *Applications particulières de la loi qui régit les conventions matrimoniales. — De l'hypothèque légale de la femme mariée.*

Nous avons posé le principe : pour savoir à quel régime seront soumis les biens des époux, il faudra consulter soit le contrat de mariage, soit la loi nationale du mari, si les époux se sont mariés sans contrat. Cette règle s'appliquera à tous leurs biens, quelle que soit leur situation. Nous allons voir maintenant quelques applications de ce principe.

Ce n'est pas seulement pour le choix du régime matri-

¹ Cass., 22 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 102. — Cass., 4 mars 1857 (Sirey, 1857, 1, 247).

monial, pour l'idée générale qui doit présider à la réglementation du patrimoine des époux, qu'on s'attachera à la loi personnelle que nous nous sommes efforcés de déterminer. C'est aussi pour fixer toutes les règles de détail du régime matrimonial, et, d'une façon plus générale, pour présider à tous les rapports pécuniaires entre époux. C'est ainsi que nous avons vu tout à l'heure qu'on doit s'en rapporter à cette loi, et non à la loi de la situation, pour régler la condition des biens dotaux. C'est elle aussi qui règlera les pouvoirs d'administration du mari, les emplois et récompenses, et tout ce qui concerne l'acceptation ou la renonciation dans le régime de communauté, ainsi que la liquidation de cette société ; qui déterminera les garanties à accorder à la femme contre une mauvaise administration de son mari, notamment les conditions et les effets d'une séparation de biens ; qui décidera si les époux peuvent contracter entre eux, sous forme de vente ou autrement¹, et s'ils peuvent se faire des libéralités. Pour ce dernier point on a dit quelquefois que les prohibitions de disposer entre époux rentraient dans le statut réel, et étaient soumises à la loi de la situation des biens, comme réglant l'organisation de la propriété². Cette opinion, généralement admise dans l'ancien droit, a été consacrée par la Cour de cassation (4 mars 1857, Sirey, 1857, 1, 247). Elle nous semble inexacte, car tout doit ici dépendre de la manière dont le mariage est organisé, et la prohibition absolue des donations entre époux, de même que chez nous la défense qui leur est faite de se faire pendant le mariage

¹ La Cour de cassation a décidé par un arrêt du 19 avril 1852 (Sirey, 1852, 1, 801) que l'art. 1595 du C. c., qui prohibe les ventes entre époux, est applicable à la vente d'immeubles situés en pays étranger faite par un mari français.

² Fœlix, t. I, § 60. — Merlin, *Questions de Droit*, Avantages entre époux, § 2.

des libéralités irrévocables, est avant tout une règle de protection pour les époux, une règle de capacité personnelle ¹. Ainsi des époux français à l'étranger seront soumis à la disposition des articles 1096 et 1097 du Code civil ; réciproquement des Italiens en France devront obéir à l'article 1054 du Code civil italien, qui défend absolument aux époux de se faire des libéralités par acte entre vifs pendant le mariage, bien que ces libéralités soient permises par la loi française.

Que faudra-t-il dire pour l'hypothèque légale que plusieurs législations, et notamment la loi française (art. 2121 C. C.), accordent à la femme mariée sur les biens de son mari pour la sûreté de ses droits ? C'est une des questions les plus controversées de notre matière. La disposition de l'article 2121 peut-elle profiter à la femme étrangère dont le mari possède des immeubles en France ? Plusieurs systèmes ont été proposés.

Un premier système soutient qu'on ne doit s'occuper que de la loi territoriale. L'hypothèque est un droit réel qui affecte les biens, qui modifie la condition des immeubles : tout ce qui touche à l'hypothèque rentre donc dans le statut réel. C'est une application pure et simple de l'article 3 : les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Donc du moment que la loi française accorde une hypothèque légale à la femme mariée sur les biens de son mari, cela suffit, et toute femme mariée, française ou étrangère, pourra se prévaloir en France de l'hypothèque légale. Ainsi ce système accorde, on pourrait presque dire impose, une hypothèque légale à la femme étrangère sur les biens de son mari situés en France : une femme étrangère pourra invoquer l'article 2121 du code civil indépendamment de

¹ Demangeat, *sur Félix*, t. I, p. 123, note a.

sa loi nationale, et alors même que sa loi nationale ne lui accorderait pas l'hypothèque légale. Par application de ce principe, bien que le code des Pays-Bas ait aboli l'hypothèque légale des incapables, une femme néerlandaise pourrait invoquer un droit d'hypothèque sur les immeubles français de son mari¹.

Cette opinion ne nous semble pas admissible. Elle commet une confusion. Le statut réel n'est pas ici en cause, ou du moins il n'est pas seul en cause. Pour savoir les biens qui seront susceptibles d'hypothèque, et les conditions d'exercice de l'hypothèque en France, il faudra consulter la loi française, mais pour savoir si la femme mariée a droit à une hypothèque légale, il faut voir avant tout quelle est sa loi personnelle, c'est-à-dire la loi qui régit le mariage et les droits réciproques des conjoints sur leurs biens. Les dispositions qui établissent l'hypothèque légale de la femme, en effet, n'ont pas pour but de régler la condition juridique des immeubles, mais bien de protéger d'une manière spéciale les intérêts pécuniaires de la femme mariée. L'affectation hypothécaire n'est pas ici l'objet direct de la loi, mais seulement un moyen qu'elle emploie pour réaliser le but que nous venons d'indiquer, pour donner à la femme les garanties que réclame son état. La question dépend donc des rapports entre époux, et c'est à la loi des époux qu'il faut s'attacher pour la résoudre. La loi nationale de la femme peut lui avoir donné d'autres garanties, qui rendraient inutile et superflue l'hypothèque légale. Ainsi une femme étrangère ne peut invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale en France que si sa loi personnelle

¹ Paul Pont, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. I, nos 432 et 455.
— Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 513 *ter*. — Merlin, *Rép.*, V. *Remploi*, § 2, n° 9. — Grenoble, 19 juillet 1849 (Dalloz, 1851, 2, 10).

lui accorde une hypothèque sur les immeubles de son mari ¹.

La jurisprudence, et notamment la Cour de cassation, admet bien que c'est à la loi personnelle de la femme qu'il faut se référer pour savoir si elle a droit à une hypothèque légale, mais d'après elle, cela ne suffit pas pour qu'elle puisse l'exercer en France : c'est là un de ces droits civils *stricto sensu* qui sont créés pour les Français, et qui n'appartiennent aux étrangers en France qu'autant qu'ils auront été autorisés à y établir leur domicile (art. 13), ou qu'un traité aura accordé le même droit aux Français dans le pays de ces étrangers, conformément à l'article 11. (Cassation, 20 mai 1862. Sirey, 1862, 1, 673 ².) Plusieurs auteurs se sont ralliés à cette théorie ³.

Nous ne pouvons admettre cette restriction. Elle tient à cette idée très contestable que les étrangers n'ont en France que les droits qui leur sont expressément accordés. Un tel système est trop contraire à l'état actuel des relations internationales et aux idées modernes sur les droits de l'individu, pour qu'on puisse hésiter à le rejeter quand il n'est pas imposé d'une façon irrésistible par un texte de loi. Il vaudrait mieux, selon nous, renverser la règle, et dire qu'on doit attribuer aux étrangers tous les droits que

¹ Fœlix, *Traité du Droit international privé*, t. I, n° 67. — Demangeat, *sur Fœlix*, t. I, p. 151, note b ; — *Histoire de la Condition civile des étrangers en France*, p. 380 et suiv. ; — *Revue pratique*, 1856, t. I, pp. 61 et 62. — Pasquale Fiore, *Droit international privé*, nos 230 et 231. — Valette, *Privilèges et hypothèques*, n° 139.

² V. aussi Douai, 24 juin 1844 (Dalloz, 44, 2, 201). — Bordeaux, 14 juillet 1845 (Dalloz, 1846, 2, 163). — Metz, 6 juillet 1853 (Sirey, 1853, 2, 547). — Grenoble, 23 avril 1863 (Sirey, 1863, 2, 124). — Cass., 5 juin 1872 (*Journal du Palais*, 1872, p. 431). — Versailles, 13 juillet 1877 (*Journal du Droit international privé*, 1878, p. 41).

³ Demolombe, t. I, n° 88. — Aubry et Rau, t. I, § 78, p. 304, et note 62. — Fœlix, *Revue étrangère*, 1842, p. 25. — Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n° 81 bis, II.

le législateur ne leur a pas enlevés par une disposition formelle ¹. En particulier pour l'hypothèque légale, on ne voit pas bien pourquoi on la refuserait à un étranger qui peut avoir en France une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, du moment que sa loi nationale lui accorde cette hypothèque légale. Ainsi, d'après nous, une femme belge pourra très bien exercer en France l'hypothèque légale que lui accorde la loi belge, de même que la femme française pourra exercer son hypothèque sur les immeubles que son mari possède en Belgique. C'est la solution admise par la loi hypothécaire belge de 1851. (Art. 2 additionnel de la loi du 16 décembre 1851 ².) Au contraire la femme néerlandaise n'aura pas d'hypothèque légale en France ³.

Toute difficulté se trouve levée s'il est intervenu entre la France et le pays étranger une convention diplomatique qui accorde l'hypothèque légale aux femmes étrangères, ou qui contient des dispositions d'où on peut induire ce droit.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 19 août 1851 (*Journal du Palais*, 1852, t. II, p. 452) reconnaît qu'une femme suisse peut jouir en France de l'hypothèque légale sur les biens de son mari en vertu d'un traité d'établissement de 1827 intervenu entre la France et la Suisse. Ce traité a été remplacé par une convention du 30 juin 1864 ⁴, sous l'empire de laquelle la jurisprudence donnait

¹ Valette, *loc. cit.*, p. 271.

² *Journal du Droit international privé*, 1881, p. 484.

³ Quelques auteurs, tout en refusant en principe l'hypothèque légale à une femme étrangère, la lui accordent si elle a contracté mariage en France (Tessier, *Traité de la dot*, t. II, n° 133, note 1092, p. 294). Cette opinion ne nous semble pas bien sérieuse, car le seul fait de s'être mariée en France ne peut pas modifier la condition de la femme.

⁴ De Clercq, *Recueil des Traités de la France*, t. IX, p. 91.

la même solution quant à l'hypothèque légale de la femme mariée ¹. Aujourd'hui le traité d'établissement qui règle la situation des Suisses en France et des Français en Suisse est du 23 février 1882 ². Dans ce traité, comme dans les précédents, il n'est pas dit en termes formels que la femme suisse jouira de l'hypothèque légale en France, mais l'article 13 est ainsi conçu : « Les Français seront reçus et « traités dans chaque canton de la Confédération, relativement à leurs personnes et à leurs propriétés, sur le « même pied et de la même manière que le sont ou pour-
« ront l'être à l'avenir les ressortissants des autres can-
« tons. » Et l'article 3 ajoute : « Les Suisses jouiront en « France des mêmes droits et avantages que l'article 1^{er} « ci-dessus assure aux Français en Suisse. » De ces dispositions on peut conclure que la femme suisse pourra exercer son hypothèque légale en France, de même que la femme française pourrait exercer la sienne dans un des cantons suisses. On reconnaît en effet que ce droit existe entre les différents cantons.

Un ancien traité du 24 mars 1760 ³, intervenu entre la France et la Sardaigne, contient dans son art. 22 une disposition ainsi conçue : « De la même manière que les « hypothèques établies en France par actes publics où « judiciaires sont admises dans les tribunaux de S. M. le « roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les « tribunaux de France pour les hypothèques qui seront « constituées à l'avenir par contrats publics, soit par « ordonnances ou jugements dans les États de S. M. le « roi de Sardaigne. » On admet généralement, bien que cela ait été contesté, que ce traité règle encore aujourd'hui

¹ Trib. civ. Seine, 9 juillet 1878 (*Journal du Droit international privé*, 1879, p. 392).

² De Clercq, t. XIII, p. 294.

³ *Traité de limites et de juridiction*, De Clercq, t. I, p. 80.

les rapports entre la France et l'Italie ¹. Cela étant, comme l'hypothèque légale de la femme mariée est reconnue en Italie (art. 1969 du Code italien de 1865), on accordera sans difficulté à la femme italienne le droit d'invoquer son hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France. C'est ce qui a été décidé plusieurs fois par la jurisprudence. (Cass., 5 février 1872. S. 1872, 1, 190. — Aix, 8 novembre 1875, S. 1876, 2, 134. — Cass., rej., 5 novembre 1878, *J. du dr. int. privé*, 1879, p. 65.)

Si c'est en principe à la loi personnelle des époux, c'est-à-dire à la loi qui règle leur régime matrimonial, qu'il faut se référer pour savoir si la femme a droit à une hypothèque légale, c'est en revanche la loi locale qui déterminera les conditions d'exercice de cette hypothèque sur les immeubles situés sur son territoire, qui règlera la nature et la conservation de cette hypothèque, et énumérera les biens qui pourront être frappés. Ainsi la loi belge a admis l'hypothèque légale de la femme, mais elle veut que cette hypothèque soit spéciale, et soumise à une certaine publicité. Si la femme française veut exercer son hypothèque légale en Belgique, il faudra donc que cette hypothèque soit spécialisée et inscrite. De même l'hypothèque légale de la femme étrangère sera soumise en France aux art. 8 et 9 de la loi du 23 mars 1855, et à l'art. 2135 du Code civil.

Faut-il aller plus loin et dire que l'hypothèque légale de la femme mariée ne pourra avoir d'effet que dans un pays qui admet cette sorte d'hypothèque, et que par exemple

¹ Paris, 27 août 1864, et Cass., 30 janvier 1867 (S., 1867, 1, 117. — Montpellier, 10 juillet 1870 (*Journal du Droit international privé*, 1879, p. 69). — Cass., 27 avril 1870 (S., 1871, 1, 91). — Trib. civ. Seine, 21 février 1879 (*Journal du Droit international privé*, 1879, p. 57). — Paris, 1^{er} décembre 1879 (S., 1881, 2, 145). Voir sous ce dernier arrêt une note très intéressante de M. Renault.

elle ne pourrait pas être exercée dans les Pays-Bas par une femme française ou belge? En d'autres termes l'hypothèque légale, reconnue par le statut personnel, doit-elle l'être également par la loi de la situation? Nous serions assez portés à l'admettre. Qu'on s'attache à la loi personnelle de la femme pour décider si elle aura droit à l'hypothèque légale, rien de mieux; mais une fois que ce droit lui est reconnu, il faut bien consulter la loi de la situation des biens, car c'est un droit réel, et il ne saurait y avoir de droit réel de préférence qu'en vertu du statut réel. Il faut donc que la loi locale reconnaisse, non-seulement le droit hypothécaire en général, mais encore l'espèce particulière d'hypothèque qu'on veut invoquer sur son territoire; autrement les biens qui y sont situés ne pourront en être grevés. La question intéresse au plus haut degré les tiers, et l'hypothèque légale ne peut être invoquée dans un pays qui ne l'admet pas sans que l'ordre social en soit profondément troublé; et cela même si on admet d'autres hypothèques, conventionnelles ou judiciaires, car ce sera toujours ajouter à la liste des droits réels, et mettre de nouveaux obstacles à l'action des créanciers chirographaires. Il faut donc, selon nous, pour que l'hypothèque légale puisse être accordée à une femme étrangère, deux conditions : 1^o que la loi nationale de la femme lui accorde cette garantie; 2^o que l'hypothèque légale des femmes mariées soit admise par la loi de la situation des immeubles ¹. Ainsi une femme française pourra invoquer son hypothèque légale en Belgique, mais elle ne le pourrait pas dans les Pays-Bas, où la législation n'admet pas l'hypothèque légale des incapables.

¹ Laurent, *Droit civil international*, t. VII, n^o 397. — Fœlix, *Revue étrangère*, 1842, p. 26. — *Contra* : Demangeat, *sur Fœlix*, p. 151, note b.

CHAPITRE III

Législations étrangères

Jusqu'ici, nous nous sommes placés surtout au point de vue du droit français, c'est-à-dire en envisageant particulièrement le mariage et le régime matrimonial d'étrangers en France, ou de Français à l'étranger. Nous nous sommes inspirés pour les solutions données des principes de la législation française, tels qu'ils ressortent de la doctrine et de la jurisprudence.

Pour compléter cette étude, il faut dire quelques mots des législations étrangères, et chercher comment sont résolues chez nos voisins les questions que nous nous sommes posées.

En principe, on suit à l'étranger, pour déterminer le régime matrimonial des époux et en fixer les règles, la doctrine que nous avons vue enseignée en France par la majorité des auteurs : on part de l'idée d'une convention tacite des époux, et on applique la loi du domicile matrimonial. Il y a cependant quelques dissidences, et en Italie surtout on tend à faire prévaloir la loi nationale du mari.

En général aussi on reconnaît que la loi qui doit régir les conventions matrimoniales est essentiellement personnelle, et tient en échec la loi territoriale. Cependant la jurisprudence anglaise et américaine reste imbue, particulièrement pour les matières qui nous occupent, de la vieille idée féodale de la réalité des lois.

Pour les pays qui ont adopté la législation française, il n'y aurait qu'à répéter ce que nous avons déjà dit. En Belgique, notamment, la jurisprudence décide, comme la jurisprudence française, que le régime des biens entre époux vient d'une convention tacite, qu'il n'y a pas à distinguer entre la communauté légale et la communauté conventionnelle, et que par conséquent les époux qui n'ont pas fait de contrat sont soumis, quant à leurs intérêts pécuniaires, à la loi du domicile matrimonial¹. Cette loi d'ailleurs est applicable partout et sur tous les biens, sans égard à leur situation, car la convention tacite doit avoir le même effet que la convention expresse. Souvent les tribunaux belges, reproduisant la vieille doctrine, ont dit que le statut matrimonial est un statut personnel, dépendant du domicile des époux : mieux vaudrait dire, au point de vue auquel on se place, que tout dépend de la volonté des parties².

En Suisse, il faut faire une distinction. Parmi les cantons, les uns ont adhéré à un concordat de 1822, d'après lequel les contrats de mariage, de même que les successions, sont régis par la loi du canton d'origine des époux ; les autres, et notamment celui de Genève, préférant l'application de la loi du domicile, ont gardé leur liberté. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de Genève du 27 février 1875 a décidé qu'en l'absence de contrat, le régime matrimonial des époux n'est ni celui de leur canton d'origine, ni celui de l'État dont ils se font recevoir citoyens plusieurs années après le mariage, mais celui du canton où ils étaient domiciliés au jour de leur mariage³.

¹ Bruxelles, 30 mai 1833 (Pasicrisie, 1833, 2, 150). — Bruxelles, 11 avril 1838 (Pasicrisie, 1838, 2, 108). — Cass. Belge, rejet, 25 février 1839 (Pasicrisie, 1839, 1, 20). — Bruxelles, 12 avril 1854 (Pasicrisie, 1855, 2, 254).

² Laurent, *Droit civil international*, t. V, n^{os} 200 et 205.

³ *Journal du Droit international privé*, 1880, p. 412.

S'il en est ainsi en droit interne, on comprend qu'il y ait en droit international privé deux tendances, l'une pour la loi du domicile matrimonial, l'autre pour la loi nationale du mari. C'est à cette dernière opinion que se rallie un des maîtres de la science, M. Brocher, professeur à l'Université de Genève ¹.

Nous ne voulons pas faire une revue complète des législations modernes. Nous nous bornerons à examiner très-brièvement les solutions données en notre matière dans le droit allemand, dans le droit italien, enfin dans le droit anglo-américain.

I. *Droit allemand.*

En Allemagne, le système généralement admis est le même qu'en France. Les conventions expresses sont abandonnées à la volonté des parties pour régler le régime des biens entre époux, et à défaut d'un contrat de mariage, on s'attache à la loi du domicile matrimonial. C'est l'opinion dominante en Allemagne depuis la fin du ^{xvii}e siècle. Auparavant les jurisconsultes étaient divisés, et beaucoup, procédant du réalisme féodal, voulaient que ce fût la loi de la situation des biens qui déterminât le régime matrimonial. Mais aujourd'hui la *lex rei sitæ* est repoussée par les meilleurs auteurs, qui en général prennent pour base la convention tacite des époux et soumettent le régime de leurs biens à la loi du domicile matrimonial ².

Dans un pays où jusqu'à ces dernières années l'unité

¹ Brocher, *Nouveau Traité de Droit international privé*, n° 74.

² Savigny, *Traité de Droit romain* (trad. Guenoux), t. VIII, § 379, 3°, p. 322 et suiv. — Wächter, *Ueber die collision der Privatrechtsgesetze im Archiv für die civilistische Praxis*, t. XXV, p. 47, § 21. — Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 98, p. 347.

nationale n'existait pas, et où le territoire est encore partagé, comme celui de l'ancienne France, en provinces indépendantes au point de vue du droit, rien de plus naturel que de voir les auteurs s'attacher avant tout à la loi du domicile pour régler les conventions matrimoniales. Cependant à mesure que l'idée nationale se développe en Allemagne, le système que nous avons enseigné, et qui fixe le régime matrimonial des époux mariés sans contrat par la loi nationale du mari, gagne du terrain, et c'est celui qui a été soutenu récemment par M. Teichmann dans une brochure que nous avons citée ¹.

La jurisprudence semble fixée dans le même sens que la jurisprudence française, et décide que le statut matrimonial se détermine par le domicile du mari au moment du mariage. C'est ce qui a été décidé notamment par un arrêt de la Cour supérieure de Prusse du 5 février 1872 ². Dans l'espèce il s'agissait de deux sujets autrichiens qui s'étaient fait naturaliser en Prusse, et s'y étaient mariés, en adoptant par contrat de mariage le régime de la communauté universelle. Ce régime est réglé différemment par le Code prussien et par le Code autrichien, notamment pour le point de savoir si la femme peut disposer des sommes comprises dans la communauté ³. Un procès s'étant élevé sur cette question spéciale, il s'agissait de savoir si c'était la loi prussienne ou la loi autrichienne qui était applicable. L'arrêt commence par poser en principe que d'après la législation prussienne, la capacité de la personne est réglée par la loi du domicile, que la femme n'a d'autre domicile que celui de son mari, et que ce domicile,

¹ Teichmann, *Ueber Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Guterrechts*, pp. 5 à 12.

² *Journal du Droit international privé*, 1875, p. 281.

³ *Code civil autrichien de 1811*, §§ 1233, 1234, 1237 et 1238. — *Allgemeines Landrecht*, II, 1, § 377 et §§ 205, 210, 231.

quant aux conventions matrimoniales, est celui des époux au moment de la célébration du mariage. C'était donc au domicile matrimonial qu'il fallait s'attacher pour savoir si la femme avait le droit de disposer des sommes litigieuses. Ceci posé, la Cour décida, par des raisons que nous n'avons pas à apprécier, que le domicile matrimonial était en Prusse, et que la loi à appliquer était la loi prussienne.

II. — *Droit italien.*

En Italie, les principes posés par le Code de 1865 sont un peu différents de ceux de notre Code civil, soit qu'il y ait eu un contrat de mariage, soit à défaut de contrat, et il en résulte qu'au point de vue du droit international les doutes sont beaucoup moins grands sur la solution à adopter.

A. — Lorsqu'il y a un contrat de mariage formel, l'article 1378 du Code italien pose le principe de la liberté des conventions, mais il ajoute immédiatement que la volonté des parties n'est pas seule maîtresse : « L'association conjugale relativement aux biens est réglée *par les conventions des parties et par la loi.* » Ce qui regarde la réglementation des biens entre époux est donc en quelque sorte une matière mixte : elle n'échappe pas absolument à la convention, comme l'état et la condition des personnes, mais elle est soumise au contrôle permanent de la loi. Et en effet les restrictions apportées par le législateur à la liberté des époux sont très nombreuses. Non seulement ils ne peuvent pas déroger ni aux droits qui appartiennent au chef de la famille ou qui sont attribués par la loi à l'un des époux, ni aux dispositions prohibitives du Code (art. 1379), ni aux règles qui concernent l'ordre légal des successions (art. 1380), mais ils ne peuvent même pas stipuler pour leurs biens le régime qui

leur convient : il leur est interdit de contracter d'autre communauté universelle de biens que celle des acquêts. (Art. 1438.) C'est donc que la loi est intéressée au même titre à empêcher l'introduction d'un régime qu'elle croit contraire à l'intérêt de ses nationaux, qu'à prohiber les clauses qui attenteraient à l'organisation de la famille. Une réglementation aussi étroite du contrat de mariage vient confirmer ce que nous avons dit, à savoir que le régime matrimonial est lié d'une façon intime au mariage lui-même, et que seule la loi qui régit le mariage peut régir les conventions matrimoniales, et imposer des restrictions à la volonté des époux. Tel est le point de départ de M. Pasquale Fiore et des autres auteurs italiens, et ils aboutissent à cette conséquence qu'en droit international, c'est la loi nationale du mari qu'il faudra consulter pour apprécier la validité des conventions matrimoniales¹.

Cette solution cadre très bien avec l'esprit du Code civil italien qui, posant quelques principes de droit international privé, donne comme règle, pour tout ce qui concerne les relations personnelles, la loi nationale des parties. (Dispositions préliminaires, art. 6 à 12.)

B. — A défaut de conventions matrimoniales expressément stipulées, on décidera sans difficulté d'après les mêmes idées que le régime des biens entre époux doit se déterminer d'après la loi nationale du mari, car une matière qui tient d'aussi près au mariage ne saurait être régie par une loi différente. Par application de ce principe on décidera que c'est d'après la loi nationale du mari que se résoudront toutes les questions relatives à l'aliénabilité ou à l'inaliénabilité de la dot, et à l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari².

¹ Fiore, *Droit international privé*, §§ 325-330.

² Pietro Esperson, *Journal du Droit international privé*, 1881, pp. 215 et 216.

La loi nationale des époux sera cependant mise de côté lorsqu'elle blesserait l'intérêt de l'Etat ou les principes d'ordre public dans le lieu de la situation des biens. C'est l'application de l'article 12 des Dispositions préliminaires : « Malgré les dispositions des articles précédents, les *lois*, les actes, les jugements passés en pays étranger, pas plus que les dispositions et les conventions particulières, ne peuvent, en aucun cas, déroger aux lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les contrats, ni aux lois qui intéressent de quelque manière l'ordre public et les bonnes mœurs. »

III. — *Droit anglo-américain.*

En Angleterre et dans les États-Unis d'Amérique, l'ancien principe de la territorialité des lois est resté en vigueur, au moins en ce qui concerne les immeubles, de sorte qu'il y a au point de vue du droit international privé de grandes différences entre la jurisprudence de ces pays et celle des principaux États continentaux.

Spécialement dans la matière qui nous occupe, quand il s'agit de déterminer les règles qui gouvernent les biens des époux, ce principe féodal de la réalité des lois qui est consacré par la *common law*, a conduit les auteurs anglais et américains à des théories toutes particulières.

De plus la *common law*, dont les origines remontent à la conquête de l'Angleterre par les Normands, ne reconnaît pas en principe d'effet à une loi étrangère, et si le juge tient compte d'une autre loi que de la loi anglaise, ce n'est que par courtoisie, non par respect pour des droits reconnus. De là vient dans la doctrine et dans la jurisprudence une certaine confusion qui ne permet pas de dégager les vrais principes.

A. — Lorsqu'il y a un contrat de mariage formel, il

semble bien qu'en règle la liberté des conventions est admise, et que le contrat doit recevoir ses effets partout dans les limites générales et sauf les exceptions applicables à toutes les autres espèces de contrats¹. Cependant Story cite une décision de la Cour suprême de la Louisiane qui paraît contraire. Des époux s'étaient mariés dans l'État de la Louisiane et avaient fait un contrat de mariage par lequel ils soumettaient leur régime matrimonial à la coutume de Paris. La Cour annula le contrat, parce que les parties n'avaient pas le droit de soumettre leurs biens à l'empire d'une loi étrangère². Au contraire les Cours d'Angleterre, au témoignage de Phillimore, s'en tiennent au contrat et l'exécutent sans tenir compte ni du lieu où il a été passé, ni du domicile des époux³. Mais dans les arrêts, on s'appuie plutôt sur les précédents, au lieu d'indiquer la véritable raison de décision, qui est la liberté des conventions matrimoniales.

Cependant d'après certains auteurs, notamment d'après l'Américain Wheaton, le contrat de mariage ne produirait effet que sur les meubles, et non sur les immeubles situés en pays étranger, lesquels doivent être régis par la *lex loci rei sitæ*⁴. Il règne donc dans la doctrine, en cas de contrat de mariage formel, une certaine confusion. Pour interpréter le contrat, de même que pour apprécier sa validité, au moins quant aux meubles, on se réfère à la loi du domicile matrimonial⁵.

B. — Lorsque les époux n'ont pas fait un contrat exprès

¹ Story, *Conflict of laws*, § 159. — Phillimore, *Commentaries upon international law*, t. IV, p. 330 et suiv. — Westlake, *Treatise on private international law*, § 32 *in fine*.

² Story, *Conflict of laws*, § 179.

³ Phillimore, *Commentaries upon international law*, nos 468-474.

⁴ Wheaton, *Éléments du Droit international* (4^e édit.), t. I, p. 115 (1^{re} partie, ch. II, § 7).

⁵ Westlake, *Private international law*, § 35.

pour régler leur régime matrimonial, il n'y a plus de vague dans la doctrine ni dans la jurisprudence, et tous les auteurs anglais et américains font une distinction formelle entre les meubles et les immeubles : les meubles sont gouvernés par la loi du domicile matrimonial, les immeubles par la loi du lieu où ils sont situés ¹.

Telle est aussi l'opinion de la jurisprudence, et notamment de la Cour suprême de la Louisiane, qui décide que le statut de communauté est réel, et que des époux mariés dans l'État de Virginie sont soumis pour les biens qu'ils acquièrent dans la Louisiane, à la loi de ce dernier État ².

C. — Quand les époux viennent à changer de domicile au cours du mariage, ce changement a-t-il de l'influence sur le régime de leurs biens ? — Sur cette question le système admis en Angleterre et aux États-Unis est aussi tout différent de celui que nous avons vu généralement enseigné en France.

On distingue encore entre les meubles et les immeubles. Quant à ce qui concerne les meubles, ceux qui appartiennent aux époux avant le mariage ou avant le changement de domicile restent soumis à la loi du domicile matrimonial, mais toutes les acquisitions mobilières faites postérieurement seront régies par la loi du nouveau domicile ³. Pour les immeubles, le changement de domicile ne saurait avoir aucun effet sur eux d'après le système anglais. Ils

¹ Story, §§ 158, 159, 186. — Wheaton, 1^{re} partie, ch. II, § 7. — Lawrence, *Sur Wheaton*, t. III, p. 384. — Westlake, *Private international law*, §§ 31 et 32, et *Journal du Droit international privé*, 1881, p. 315.

² Story, *Conflict of laws*, § 176.

³ Story, §§ 178 et 187. — Redfield, *Sur Story*, § 171 b. — Cependant Phillimore, quoique sans donner de bonnes raisons, se prononce pour l'opinion de Dumoulin et de Savigny, c'est-à-dire pour l'immuabilité du statut matrimonial (Phillimore, *Commentaries upon international law*, t. IV, nos 466-476-479).

continueront à rester sous l'empire de la *lex rei sitæ*, quel que soit le domicile des époux.

Sur cette question spéciale, il ne semble pas y avoir de précédents judiciaires dans la jurisprudence anglaise. Cependant Story cite un arrêt de la Cour de l'Échiquier d'où il semble bien résulter qu'on doit suivre la loi du domicile actuel des époux pour régler leurs droits sur les biens mobiliers ¹.

Les tribunaux américains se prononcent dans ce sens. C'est ainsi par exemple que la Cour suprême de la Louisiane a décidé que si deux époux mariés dans la Caroline du Nord, où la communauté n'existe pas, venaient ensuite s'établir dans la Louisiane, où la communauté est de droit commun, les biens qu'ils acquéraient après le changement de domicile étaient communs ².

¹ Story, *Conflict of laws*, § 471 a.

² Story, § 478.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Une *præscriptio* à l'effet de restreindre la portée de la *deductio in iudicium* peut être utile au demandeur exerçant une action réelle *cum adjecta causa*.

II. — Les *præscriptiones pro actore* ont servi de fondement à l'action *præscriptis verbis*.

III. — La *præscriptio a parte rei* constituait une simple fin de non-recevoir et dans le droit primitif n'aboutissait jamais à l'absolution de défendeur.

IV. — Parmi les *præscriptiones a parte rei* certaines ont conservé leurs anciens effets après leur transformation en exceptions.

V. — Il est impossible de préciser l'époque à laquelle les *præscriptiones a parte rei* ont été transformées en exceptions.

VI. — Le *præjudicium de hereditate* était possible en général même si la *petitio hereditatis* était déjà intentée.

— La loi 13, D., *de exceptionibus*, s'explique par ce fait que dans l'espèce la demande actuelle (*causa minor*) n'est qu'une partie de la demande principale.

DROIT FRANÇAIS

I. — Il n'est pas exact de dire d'une manière générale que la communauté légale vient d'une convention tacite des époux.

II. — Le mineur qui a fait son contrat de mariage sans être assisté des personnes dont le consentement est requis pour le mariage, est marié de plein droit sous le régime de la communauté légale.

III. — La concession d'une mine faite au mari, au cours du mariage, constitue un acquêt de communauté.

IV. — Lorsque sous le régime de la communauté le mari a aliéné seul un immeuble propre de sa femme, celle-ci peut demander la nullité de la vente, et revendiquer l'immeuble entier, sans être tenue d'aucune obligation de garantie envers l'acheteur.

V. — L'article 1554 du Code civil, qui prescrit l'inaliénabilité des immeubles dotaux, établit une règle d'incapacité pour la femme mariée et non une règle d'indisponibilité réelle des biens.

Droit international privé.

I. — A défaut de contrat de mariage, les biens des époux sont régis par la loi nationale du mari.

II. — L'article 1395 du Code civil est applicable aux Français même résidant à l'étranger.

III. — Si deux époux étrangers sont mariés sous le régime dotal, ils ne pourront pas invoquer en France l'article 1554 du Code civil, si d'après leur loi nationale les immeubles dotaux sont aliénables.

IV. — La femme étrangère a une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, si sa loi personnelle lui reconnaît ce droit.

Droit criminel.

I. — L'action en responsabilité civile à raison du fait d'autrui (art. 1384 C. C.) se prescrit par trente ans, et

non par les délais établis par les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle pour la prescription de l'action civile contre l'auteur même du délit.

II. — Les articles 66 et 69 du Code pénal sont applicables aux délits de chasse comme aux autres délits.

Droit constitutionnel.

I. — Le délai fixé par l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 s'applique à la réunion même des collèges électoraux, et non au décret de convocation de ces collèges.

II. — L'article 8 de la loi du 16 juillet 1875 énumère limitativement les traités qui doivent être soumis à l'approbation des Chambres.

Vu par le Président de la thèse,

L. RENAULT.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

Le vice-recteur de l'Académie de Paris.

GREARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De præscriptionibus.

	Pages
INTRODUCTION	1
GÉNÉRALITÉS.....	6
CHAPITRE PREMIER. — <i>Des præscriptiones établies dans l'intérêt du demandeur</i>	8
SECTION PREMIÈRE. — <i>Præscriptiones</i> restreignant la <i>demonstratio</i>	9
A. — Utilité de ces <i>præscriptiones</i>	9
B. — Exemples de ces <i>præscriptiones</i>	13
C. — Peut-on en donner une formule générale?.....	21
APPENDICE. — De telles <i>præscriptiones</i> pouvaient-elles se rencontrer dans les actions réelles?	22
SECTION II. — <i>Præscriptiones</i> remplaçant ou complétant la <i>demonstratio</i>	27
A. — But et utilité de ces <i>præscriptiones</i>	27
B. — Exemples de ces <i>præscriptiones</i>	28
C. — Rôle de ces <i>præscriptiones</i> dans la théorie des contrats innommés.....	32
SECTION III. — Disparition des <i>præscriptiones a parte actoris</i>	35
CHAPITRE II. — <i>Des præscriptiones établies dans l'intérêt du défendeur</i>	36
SECTION PREMIÈRE. — Exemples de <i>præscriptiones a parte rei</i>	37
A. — Idée générale des <i>præjudicia</i>	38
B. — <i>Præscriptio fori</i>	39
C. — <i>Præscriptiones temporis</i>	40
SECTION II. — Caractères et effets des <i>præscriptiones a parte rei</i>	41
SECTION III. — Transformation des <i>præscriptiones a parte rei</i> en exceptions.....	46
§ 1 ^{er} . — Portée de la transformation.....	46
§ 2. — Quand eut lieu cette transformation?	52
SECTION IV. — Des <i>præjudicia</i>	55
§ 1 ^{er} . — Caractères généraux des <i>præjudicia</i>	56
§ 2. — Exemples de <i>præjudicia</i>	57
§ 3. — Effets du <i>præjudicium</i>	63
§ 4. — Du <i>præjudicium de hereditate</i>	65
A. — Fondement de ce <i>præjudicium</i>	65
B. — Applications les plus fréquentes de ce <i>præjudicium</i>	66
C. — Modifications introduites par Justinien.....	69

DROIT FRANÇAIS

Du régime des biens entre époux au point de vue du droit international privé.

	Pages
INTRODUCTION.....	73
PREMIÈRE PARTIE. — De la nature et des effets du statut de communauté et des conventions matrimoniales dans l'ancien droit français.....	79
I. — Théorie des statuts réels et personnels.....	79
II. — Quelle était la nature du statut de communauté ?	84
III. — Quelle était la loi personnelle qui devait régir les biens des époux ?	98
IV. — Étendue d'application du statut des conventions matrimoniales.....	103
DEUXIÈME PARTIE. — Des conflits de lois en matière de régime matrimonial dans le droit international moderne.....	112
CHAPITRE PREMIER. — <i>Du cas où les époux ont fait un contrat de mariage formel.....</i>	<i>115</i>
I. — Règles de capacité	115
II. — Règles de forme	120
III. — Règles de validité intrinsèque du contrat de mariage	132
IV. — Interprétation du contrat de mariage.....	139
V. — Étendue d'application du contrat de mariage	139
CHAPITRE II. — <i>Du cas où les époux n'ont pas fait de contrat de mariage</i>	<i>142</i>
I. — Loi applicable en principe	143
II. — La loi qui régit les conventions matrimoniales change-t-elle en cas de changement de domicile ou de nationalité ?	164
III. — Étendue d'application de la loi du régime matrimonial.....	171
IV. — Applications particulières de la loi qui régit les conventions matrimoniales. — De l'hypothèque légale de la femme mariée.	179
CHAPITRE III. — <i>Législations étrangères</i>	<i>188</i>
I. — Droit allemand.....	190
II. — Droit italien.....	192
III. — Droit anglo-américain.....	194
POSITIONS.....	199

